

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DU RECOURS EN CASSATION
POUR
NON APPLICATION OU VIOLATION
DE
LA LOI ÉTRANGÈRE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Mardi 7 Juin 1910, à 4 h. 1/2

PAR

AUGUSTIN ROGERY

Président : M. PILLET, professeur.

*Suffragants : { MM. WEISS, professeur.
 AMBROISE COLIN, professeur.*

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1910

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DU RECOURS EN CASSATION
POUR
NON APPLICATION OU VIOLATION
DE
LA LOI ÉTRANGÈRE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le Mardi 7 Juin 1910, à 4 h. 1/2

PAR

AUGUSTIN ROGERY

Président : M. PILLET, professeur.

*Suffragants : { MM. WEISS, professeur.
AMBROISE COLIN, professeur.*

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1910





Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41553016_0035

DU RECOURS EN CASSATION

POUR NON-APPLICATION OU VIOLATION DE LA LOI ÉTRANGÈRE

INTRODUCTION

Fréquentes sont aujourd'hui les hypothèses où une juridiction française est appelée à faire application d'une législation étrangère. Que des français soient seuls en cause, que le litige intéresse des français et des étrangers, ou, enfin, qu'il n'y ait que des étrangers au procès, le juge doit souvent fonder sa décision sur la loi étrangère.

L'étude du droit international privé nous montre le grand nombre de ces cas où le respect des souverainetés voisines oblige la *lex fori* à se déclarer incompétente pour déterminer les conséquences d'un rapport de droit, quel que soit le lieu où ce rapport ait pris naissance.

Avec l'augmentation incessante des relations internationales, il est facile de constater et permis de croire que ces hypothèses deviendront de plus en plus nombreuses.

Il est intéressant de rechercher quelles sont les garanties que la législation et la jurisprudence françaises accordent à la loi étrangère en France.

Nous verrons dans la suite de notre travail que les textes légaux font presque totalement défaut sur la matière. C'est donc dans sa jurisprudence que nous devons étudier la règle que suit la cour suprême. Mais nous devons dès l'abord dire que la théorie jurisprudentielle n'est pas très sûrement établie.

La cour exige des tribunaux français qu'ils appliquent la loi étrangère ; là semble se borner son exigence, car, dans la majorité des arrêts de la cour de cassation, se trouve répétée l'affirmation que la cour n'a pas à contrôler l'exacte application de la loi étrangère.

Cette dernière doctrine qui paraît la doctrine dominante, et la plus importante en fait, ne s'est d'ailleurs pas fait jour aisément : longtemps la cour de cassation en tempéra la rigueur par des déclarations favorables aux lois étrangères. Mais il nous semble qu'aujourd'hui la tendance générale de la jurisprudence est défavorable à notre thèse qui souhaiterait voir les législations appartenant à la communauté de droit international privé participer aux mêmes garanties de bonne application et d'interprétation que la loi française.

La doctrine paraît adopter sans réserves le premier principe de la cour et admettre la cassation au cas de non-application de la loi étrangère ; mais de profondes divergences séparent au contraire les auteurs : les uns approuvent la jurisprudence, tandis que les autres estiment que notre cour suprême doit contrôler la bonne

interprétation de la loi, sans distinguer la souveraineté dont elle émane.

Notre travail se divisera donc logiquement en deux parties. Nous étudierons d'abord la jurisprudence en donnant à l'appui des diverses théories de la cour de cassation le bref commentaire de ses arrêts les plus intéressants. Puis dans une seconde partie nous discuterons la jurisprudence en exposant et en critiquant les opinions des auteurs sur notre sujet.

REMARQUES PRÉLIMINAIRES

I

Il nous semble utile, avant d'étudier les solutions de la cour de cassation, de montrer sous quelle forme elle est appelée à résoudre la question qui nous occupe.

Le pourvoi en cassation doit contenir les moyens de cassation (article I, titre IV, règlement de 1738). Voyons comment sont introduits les recours lorsque l'on argumente de la non-application ou de la violation de la loi étrangère.

Le plus souvent le demandeur se prévaut de la fausse application de la loi française, et ce procédé est légitime, bien qu'au fond la cour doive statuer sur la non-application ou la violation de la loi étrangère. En effet, lorsque le tribunal ou la cour d'appel ont fondé leur décision sur le code civil, alors que, d'après la loi française et les principes de droit international privé qu'elle admet, c'était une loi étrangère qui était compétente, il y a bien au fond non-application ou violation de la loi étrangère; mais il y a aussi, en même temps, violation de la loi française. Puiser une solution dans la législation française

alors que la loi étrangère devait être appliquée, c'est, en examinant une face de l'affaire, ne pas appliquer la loi étrangère, et, envisageant l'autre côté de la même question, appliquer mal à propos la loi française. Bref, c'est violer, à la fois, la loi étrangère par omission et la loi française par fausse application.

Dans certains pourvois, les demandeurs n'ont pas recouru au procédé indiqué ci-dessus et portent directement le débat sur la violation, soit d'une loi étrangère dont ils citent les articles, soit d'un principe de droit international privé qui conduit à l'application de la loi étrangère.

Ces différences de forme n'auraient aucune importance si elles n'avaient servi parfois à la cour de cassation pour tourner, en la laissant sans réponse, la question qui lui était réellement posée. Nous croyons donc que les demandeurs en cassation devraient éviter de ne parler dans leurs pourvois que de la violation de tel article du code civil, mais, pour obliger la cour à se prononcer formellement, devraient viser la loi étrangère dont ils voudraient une saine application. Si, en fait, la solution jurisprudentielle ne changeait pas, elle gagnerait au moins en netteté. L'exagération du principe qui est en elle devenue évidente, l'on ne reprocherait plus longtemps à notre cour suprême d'adopter une théorie, qui favorise peut-être un peu trop l'indolence des magistrats (Pillet, *Principes*, p. 84).

II

Une seconde remarque nous semble utile avant d'aborder le sujet même de notre thèse. On sait que les demandeurs en cassation ont l'habitude de fonder leurs pourvois sur le plus grand nombre de chefs admissibles, espérant que dans ces moyens un au moins sera admis. Aussi arrive-t-il que la cour, statuant sur les pourvois, s'attarde trop au gré du commentateur aux questions qui ne présentent pas un intérêt doctrinal bien important. Dans notre matière, par contre, les arrêts sont extrêmement laconiques. Très souvent il est arrivé que l'arrêt entrepris a été cassé pour d'autres motifs que celui tiré de la non-application ou de la violation de la loi étrangère ; ailleurs la pensée de la cour n'est indiquée que d'une façon très vague.

Les motifs des arrêts sont très brefs sur notre point : il semble que trop fréquemment la cour ait préféré s'en tenir à répéter une affirmation de prétendus principes, plutôt que fournir des motifs raisonnés à l'appui de ses décisions.

Toutefois, de l'ensemble des arrêts que nous avons étudié se dégage assez nettement cette idée que la cour de cassation repousse la théorie qui lui reconnaît le droit de contrôler la bonne application de la loi étrangère.

PREMIÈRE PARTIE

ÉTUDE DE LA JURISPRUDENCE

Il ressort de l'examen des arrêts que la cour de cassation divise en deux classes principales les situations diverses dont nous donnerons l'exposé :

Première classe : Non-application de la loi étrangère ;

Seconde classe : Violation de la loi étrangère.

La cour subdivise ces deux classes d'hypothèses en deux cas qui sont pour chacune des deux classes :

1^o Le cas où l'application de la loi étrangère est commandée expressément par un texte ;

2^o Le cas où l'application de la loi étrangère n'est commandée qu'implicitement par la législation française.

TITRE PREMIER

De la non-application de la loi étrangère.

La loi et les théories de droit international privé sur la solution des conflits de lois amènent la justice française à reconnaître sur le territoire français l'application d'une loi étrangère. Mais au cas où le tribunal français, au lieu de chercher les éléments de sa décision dans la loi compétente, les a pris ailleurs ou dans la *lex fori*, en un mot, au cas où la cour de cassation est appelée à juger une décision qui n'a pas appliqué une loi étrangère, quelle sera sa décision ?

La cour admet, en principe, de tels pourvois et casse les décisions entreprises. On distingue toutefois les hypothèses où l'application de la loi étrangère est ordonnée explicitement par un texte formel, et les cas où cette application dépend de l'observation d'un principe de droit international privé implicitement admis par nos lois.

Si la solution, en ce qui concerne le premier cas, a été généralement admise avec assez de fermeté dès l'origine par la cour de cassation ; pour la deuxième hypothèse, la cour a hésité à admettre que la violation des principes de droit international privé pût donner lieu à cassation.

1 Nous ne nous étendrons pas, dans ce titre, sur ce que la cour de cassation entend par l'application de la loi étrangère; nous verrons plus loin que la doctrine qu'elle professe sur la violation de la loi étrangère met pratiquement à néant la déclaration de principes qu'elle a faite en exigeant des juridictions inférieures qu'elles appliquent la loi étrangère.

Bien, qu'à nos yeux, il n'y ait pas lieu de maintenir la distinction établie entre les cas où l'application de la loi étrangère est ordonnée expressément par la loi française, et les cas où cet ordre n'est pas exprès, nous étudierons les solutions de la cour de cassation en deux chapitres. Nous verrons ainsi plus facilement pourquoi et comment la jurisprudence a admis la recevabilité du pourvoi au cas où la décision entreprise n'est pas fondée sur la loi étrangère.

CHAPITRE PREMIER

L'APPLICATION DE LA LOI ÉTRANGÈRE EST ORDONNÉE FORMELLEMENT PAR UN TEXTE FRANÇAIS.

Les textes qui prescrivent la référence à la loi étrangère sont assez peu nombreux, mais d'application constante.

On cite particulièrement les articles 17, 19, 47, 170, 999 du code civil, les anciens articles 726 et 912 abrogés par la loi du 14 juillet 1819; les articles 5 et 7 du code d'instruction criminelle, et quelques lois spéciales. Dans ces textes, la référence de notre loi à la loi étrangère est évidente et formelle.

Comme nous l'avons dit, la théorie de la Cour de cassation est de casser la décision qui n'a pas obtempéré à l'ordre formel que lui donnait la loi française. Il y a alors, pour employer les termes des arrêts : « *Non application de la loi étrangère, amenant une contravention expresse à la loi française.* »

Au surplus, en cette matière, les arrêts, du moins ceux de cassation ne sont pas extrêmement nombreux : il est en effet rare que les tribunaux inférieurs français, au cas où ils ont à faire application de la loi étrangère par

suite des articles exprès sus-énoncés, se refusent à faire cette application. Donc le tribunal français, en général, se référera à la loi étrangère ainsi que le veut la loi française.

Il y aura, peut-être, violation de cette loi étrangère par mauvaise interprétation, nous étudierons ce point dans notre second titre. Pour le moment nous nous occupons du cas de non-application de la loi étrangère.

Les motifs des arrêts que nous indiquerons sont assez formels et montrent évidemment que, si la référence à la loi étrangère avait été faite, la décision française eût été maintenue.

SECTION I. — Article 17 du code civil.

Le français ne perd la nationalité française que si, sur sa demande, il acquiert la nationalité étrangère. Lors donc qu'un tribunal français est saisi de la question de savoir si un individu donné, qui prétend avoir acquis telle nationalité, est encore français ou ne l'est plus, ce tribunal ne doit juger de la nationalité de cet individu qu'en résolvant d'abord la question de sa capacité. Il faudra donc voir si, d'après la loi étrangère invoquée, le français est ou non dénationalisé, sinon la décision serait sujette à cassation.

« Attendu qu'un français ne perd cette qualité par la
« naturalisation en pays étranger qu'autant qu'il a effec-

« tivement acquis une nationalité nouvelle en devenant
« sujet d'un autre Etat....

« Attendu que, dans l'état des faits constatés, la cour
« d'appel de Rennes a pu, sans violer aucune disposition
« légale, décider que le comte B... en usant du bénéfice
« accordé par le statut de 1844 aux étrangers résidant
« en Angleterre, n'a pas perdu la qualité de français. »
Rejet civ., 16 fév. 1875., S., 1875, 1, 193; Rej. crim.,
14 fév. 1890, D., 1891, 1, 281.

C'est d'après la loi espagnole qu'il faut apprécier si un
Français a acquis cette nationalité, et ce, pour se confor-
mer à l'ordre de l'article 17. L'arrêt, qui, pour déterminer
ce point, applique la loi espagnole, ne peut violer l'article
17, et échappe ainsi à la censure de la cour de cassation
qu'il aurait encourue sans cela. Rejet, 20 janv. 1879, D.,
1879, 1, 107.

Même doctrine dans l'arrêt du 26 février 1890. Rej.
civ. S. 1893. 1. 126 : « Attendu qu'aux termes de l'ar-
« ticle 17 du code civil [ancien texte] la naturalisation
« acquise en pays étranger, entraînait de plein droit la
« perte de la qualité de français.. Attendu en fait que
« A... s'est fait naturaliser citoyen de la République
« Argentine; qu'en refusant de considérer A... comme
« ayant conservé la qualité de français, l'arrêt attaqué n'a
« ni violé l'article 17 du code civil, ni aucune autre loi. »

Il faut pour décider si un français est dénationalisé,
voir, si, d'après la loi étrangère, il a acquis une autre
nationalité.

SECTION II. — Article 19 du code civil.

Dans la célèbre affaire Freige, où se posait la question de savoir si la législation ottomane contenait une disposition semblable à l'article 12 du code civil, conférant à l'étrangère qui épouse un sujet ture la nationalité de son mari, les parties reconnaissaient bien qu'aux termes de l'article 19 du code civil c'était d'après la loi ottomane que l'on devait juger de la nationalité de la demoiselle Marroin, épouse d'Ibrahim Freige.

La cour s'est prononcée sur un autre point; mais il est hors de doute que l'arrêt de la cour d'Aix aurait été cassé s'il n'avait pas admis que, dans l'article 19 du code civil, la loi française, par le procédé de l'article 17, s'incorpore la loi étrangère. L'arrêt de la cour suprême montre malgré son laconisme que la loi appelée à résoudre la difficulté ne pouvait être que la loi ottomane. « Qu'en effet, c'est en se fondant, non sur le sens et « les termes de la législation ottomane [qu'il se refusait « d'ailleurs à compléter ou à interpréter], mais unique- « ment sur l'absence de toute disposition de cette légis- « lation concernant la condition de la femme étrangère « mariée à un sujet ottoman, que le tribunal de première « instance avait dit que Freige ne faisait pas la preuve « de ses allégations. » Cass., 2 août 1893, S., 1895, 1, 449, note de M. Pillet.

La théorie de la cour reste toujours la même : l'application de la loi étrangère étant commandée par un texte

français, la non-application de cette loi donne lieu à cassation.

SECTION III. — Article 47 du code civil.

L'article 47 du code civil dispose que tout acte de l'état civil des français et des étrangers, fait en pays étranger, fera foi s'il a été rédigé dans les formes usitées dans le dit pays.

Les juges français doivent donc, aux termes de cet article, s'assurer si l'acte de l'état civil qu'on leur soumet est rédigé selon les exigences de la loi étrangère.

La cour de cassation, saisie d'une prétendue violation de l'article 47 du code civil, a rejeté le pourvoi :

« Attendu que l'arrêt attaqué, appelé à statuer sur les
« preuves de la célébration d'un mariage qui aurait été
« contracté en Angleterre, a examiné les actes produits
« d'après les principes de la loi anglaise. »

La volonté de la loi française est obéie; les actes de l'état civil d'un étranger et d'un français établis selon la loi étrangère à l'étranger, font foi en France dès que la forme locale a été employée. 7 février 1860, Civ., rej., D., 1860, 1, 126.

Même décision : Req., 15 avril 1864, D., 1864, 1, 420 :
«... que vainement le pourvoi reproche à l'arrêt attaqué
« la violation de l'article 47 du code Napoléon, puisque
« l'arrêt s'est expressément conformé aux prescriptions

« de cet article en donnant foi à un acte de mariage
« passé en pays étranger. »

Sic encore : 13 juin 1865, Req. D., 1865, 1, 410.

SECTION IV. — Article 170 du code civil.

Le français qui, sans fraude à la loi française, en ce qui concerne les autorisations et les publications, contracte mariage à l'étranger, a le choix de faire célébrer son union, ou selon les lois françaises devant nos agents diplomatiques ou consulaires, ou bien d'adopter les formes locales. Il en était de même au point de vue des formalités sous le régime de la loi de 1792. Aussi doit être rejeté le pourvoi fondé sur l'application faite à Cuba en 1803 des formalités de mariage prescrites par le droit canon et le concile de Trente. Req., 16 juin 1829, Dev. et Car., 1828-30, 1, 312. Ces formalités étant le droit commun cubain, on ne peut reprocher aux habitants de l'île de s'y être conformés. Le mariage célébré *in facie ecclesiæ* est alors parfaitement valable en France d'après les termes de l'article 170 du code civil.

Même décisions : Req. 9 novembre 1846, S., 1847, 1, 55 ; Rejet, 13 janvier 1857, D., 1857, 1, 106 ; Cassation, 18 mars 1868. D. 1868 1. 229.

SECTION V. — Article 999 du code civil.

Le marquis de Bonneval mourut en 1836 en Angleterre laissant un testament en date du 19 décembre 1814

par lequel il désignait son neveu, Bonneval fils, comme légataire universel, et ce au détriment de Bonneval le père. Le testament était rédigé en anglais, d'une main tierce, scellé et signé par le testateur et quatre témoins. Bonneval père obtint du tribunal civil de Rouen la déclaration que ce testament était nul. La cour de Rouen infirma ce jugement. Le pourvoi fut rejeté sur les conclusions de l'avocat général Hello, qui dit notamment sur l'article 999 :

« La seule obligation légale du juge français en cette
« matière est de suivre la forme étrangère ; quand il
« croit l'avoir découverte et qu'il l'a appliquée, il a rem-
« pli son devoir. »

La cour adopta ces conclusions dans ses motifs : « At-
« tendu qu'aux termes de l'article 999 du code civil, le
« français qui se trouve en pays étranger peut faire son
« testament par acte authentique, avec les formes usitées
« dans le lieu où cet acte est passé... ; qu'il suit de là que
« le marquis de Bonneval faisant son testament en An-
« gleterre, devait, s'il ne jugeait pas à propos d'employer
« la forme olographe, se soumettre aux dispositions de
« la loi anglaise, et recourir aux formes solennelles usitées
« dans ce pays, lesquelles pouvaient seules lui donner
« l'authenticité. » Rejet, 6 février 1843, S., 1843, 1, 209.

Ainsi est bien affirmée la nécessité où se trouve le français qui rédige son testament à l'étranger, d'employer conformément à l'article 999 du code civil, soit la forme olographe française, soit la forme authentique du lieu où

il écrit son testament. Si le testateur n'avait suivi ni l'une ni l'autre de ces deux formes, il aurait contrevenu à la loi française, son testament aurait été annulé.

Le droit de contrôle de la cour est très nettement affirmé, l'obligation légale du juge français est de suivre la loi étrangère.

De même encore : 28 février 1854, D., 1854, 1, 126 (Loi sarde); 3 juillet 1854, D., 1854, 1, 313 (Loi de la Louisiane); 19 août 1858, D., 1859, 1, 81 (Loi juive).

Le code civil belge est sur bien des points semblable au code civil français. Il est arrivé qu'un français, habitant la Belgique, fit son testament *in articulo mortis*, à un moment où il était incapable de dicter un testament authentique; il fut interrogé par le notaire qui rédigea le testament, de plus le testateur ne put signer.

La forme authentique belge étant la même que la forme française, on pouvait se demander si ce testament était valable. La cour de cassation estima que oui, tant au point de vue français qu'au point de vue belge : « Attendu que l'arrêt attaqué en déclarant le testament « litigieux valable en la forme a fait une saine application « de l'article 999 du code civil. »

Si la forme authentique belge n'avait pas été reconnue valablement adoptée par le testateur, il est certain que la cour aurait cassé l'arrêt de la cour de Douai. 12 février 1879; S., 1879, 1, 121; 2 août 1897, Req., D., 1898, 1, 377.

SECTION VI. — Anciens articles 726 et 912 du code civil.

On trouve la même doctrine dans les arrêts rendus sur l'application des anciens articles 726 et 912, abrogés par la loi du 14 juillet 1819.

Ces articles, en réglementant l'aptitude de l'étranger à recevoir en France une succession, et les conditions dans lesquelles une donation pouvait être faite à un étranger, reprenaient le procédé législatif établi par l'article 11 du code civil au titre de la jouissance et de la privation des droits civils. Donc pour que l'étranger eût droit de succéder et d'acquérir à titre gratuit comme le français, il fallait qu'il y eût traité entre la France et l'Etat étranger.

Cette réciprocité diplomatique d'Etat à Etat conduisait nos tribunaux à s'assurer des dispositions de la loi étrangère sur l'aptitude des français à succéder et à recueillir des biens à titre gratuit dans l'Etat dont un ressortissant demandait à recevoir en France soit une succession soit une donation.

Si le tribunal français avait méconnu l'ordre exprès qu'il recevait de la loi française, sa décision aurait été cassée pour violation de la loi française et non-application de la loi étrangère.

Dans les arrêts du 24 août 1808, Dev. et Car., XIII-1808, 1, 572; du 1 février 1813. Dev. et Car. 1812-1814, 1, 270, la cassation a été prononcée pour violation de la loi étrangère — nous reviendrons sur ce point dans notre

titre second. — Mais il est bien évident que la cassation ayant été prononcée pour violation de la loi étrangère, la même sanction eût *a fortiori* frappé les arrêts de la cour d'appel, si, contre le vœu de la loi, ils avaient refusé l'application de cette loi étrangère pour s'en tenir à une solution dictée par le seul code civil français.

Les arrêts qui ont statué sur l'application de ces deux fameux articles du code ne sont plus aujourd'hui que d'un intérêt rétrospectif. Une nouvelle législation a remplacé ces dispositions; mais cette loi du 14 juillet 1819 exige elle-même que le juge recherche le sens de la loi étrangère pour voir si le cohéritier français n'est pas, à quelque titre que ce soit, exclu des biens situés à l'étranger en vertu des lois et coutumes locales. Par là encore nous voyons la loi française exiger du juge français l'étude de la loi étrangère : si le juge, sans tenir compte de cet ordre, rend une décision fondée sur le code civil français, sa décision est vicieuse car, en l'espèce, il devait vérifier les lois et coutumes de l'étranger.

SECTION VII. — Loi du 5 juillet 1844.

La loi de 1819 n'est pas le seul texte français qui, en dehors du code civil, prescrive au juge français, pour résoudre des points de droit litigieux, de rechercher et d'appliquer une loi émanant d'une autre souveraineté.

Dans la matière des brevets d'invention réglementée par la loi du 5 juillet 1844, l'article 29 dispose que : l'auteur

d'une invention ou découverte déjà brevetée à l'étranger pourra obtenir un brevet en France; mais la durée de ce brevet ne pourra excéder celle des brevets antérieurement pris à l'étranger.

La loi française établit par là un lien de solidarité entre les deux brevets : si le premier n'a pas été régulièrement délivré ou a pris fin, l'autre est affecté des mêmes vices et partage le même sort. Le tribunal français doit donc examiner les dispositions de la loi étrangère suivant laquelle le premier brevet a été concédé. Weiss. Cassat. crim., 14 janvier 1864, S., 1864, 1, 200; Paris, S., 1880, 2, 33 et Rejet, 28 juin 1881, S., 1881, 1, 409, notes de M. Lyon-Caen.

SECTION VIII. — Articles 5 et 7 du code d'instruction criminelle.

En matière criminelle — qu'il nous soit permis de faire cette digression, qu'ont faite tous les auteurs — il existe deux textes qui exigent du juge français l'application de la loi étrangère. L'article 5 du code d'instruction criminelle dispose que : tout français qui, hors du territoire de la France, s'est rendu coupable d'un fait qualifié délit par la loi française, peut être poursuivi et jugé en France si le fait est puni par la législation du pays où il a été commis.

Toutefois, qu'il s'agisse d'un crime ou d'un délit, aucune poursuite n'a lieu si l'inculpé justifie qu'il a été jugé définitivement à l'étranger, et en cas de condamnation qu'il

a subi ou prescrit sa peine, ou obtenu sa grâce. L'article 7 du code d'instruction criminelle contient une disposition analogue pour l'étranger coupable de délit en France et jugé à l'étranger.

Ces textes imposent expressément au juge français d'examiner si le fait reproché au prévenu est puni par la loi française et par la loi étrangère; en outre, en cas de condamnation prononcée à l'étranger contre un français (art. 5) ou contre un étranger (art. 7), le juge français doit voir si, d'après la loi étrangère, la condamnation est définitive, si la peine a été subie réellement, si la prescription n'en serait pas acquise au délinquant, enfin si une grâce n'aurait pas permis au coupable d'échapper aux conséquences de sa condamnation.

Dans ces articles la référence à la loi étrangère est certaine : le juge devra donc étudier et appliquer une loi autre que la loi française, sinon la décision qu'il rendrait serait censurée par la cour de cassation et certainement cassée. Ch. crim., 15 juin 1899, S., 1901, 1, 303; 22 juin 1901, Clunet 1901, 979.

SECTION IX. — Textes relatifs aux lois indigènes de nos colonies.

Les indigènes de certaines de nos colonies avaient avant la conquête française des lois qui les régissaient. Certaines de ces lois présentaient un degré de perfection assez grand, et le fanatisme des populations qui les suivaient, était tel qu'il y aurait eu danger pour notre ex-

pansion et notre installation définitive à ne pas reconnaître aux indigènes le droit de continuer à rester soumis à leurs lois.

Des déclarations formelles ont été faites par les gouverneurs, les généraux des corps d'occupation et par le Gouvernement de la Métropole : Arrêté du gouverneur de l'Inde française du 6 janvier 1819; Capitulation du 5 juillet 1830 pour l'Algérie, texte dont le principe a été appliqué depuis dans une foule de décrets; Décrets des 20 mai 1857 (Sénégal), 25 juillet 1864 et 23 août 1871 (Cochinchine), 9 juin 1896 (Madagascar).

Dans nos colonies nous avons installé, à côté des juridictions indigènes et mixtes, des juridictions françaises qui peuvent avoir à appliquer le droit local; ce même droit indigène peut d'ailleurs être invoqué en France. Les colonies où ce système est en vigueur et fonctionne depuis longtemps sont l'Algérie et l'Inde française. Le Koran et ses rites et la loi de Manou régissent les indigènes qui n'ont pas voulu de la nationalité française.

Nos juridictions doivent faire application aux indigènes de leur droit si souvent contraire à l'ordre public français. La décision qui ne respecterait pas ce principe encourrait certainement la cassation.

I. — Pour l'Inde française, l'arrêté du 6 janvier 1819, en maintenant les prérogatives précédemment reconnues, dispose : « Les Indiens soit chrétiens, soient maures ou gentils, seront jugés comme par le passé suivant les lois, usages et coutumes de leur caste. » En n'appliquant pas

ces coutumes le juge enfreindrait l'ordre donné par ce texte, ce qui entraînerait la censure de son jugement,

Les substitutions fideicommissaires n'étant pas prohibées par le droit hindou, un testament fait par un indigène à Pondichéry ne peut être annulé par application de l'article 896 du code : « Attendu qu'il suit de là que l'arrêt attaqué en prononçant comme il l'a fait a fausement appliqué l'article 896 du code Napoléon et violé l'article ci-dessus visé. » Cass., 6 juin 1866. S., 1866, 4, 280; Rejet, 5 avril 1876, S., 1877, 4, 75, et aussi Cass., 16 juin 1852, S., 1852, 4, 417.

II. — Pour l'Algérie, l'Acte initial est la convention dite Capitulation de 1830 intervenue entre le général en chef de l'armée française et Son Altesse le Dey d'Alger.

Ce pacte est le fondement de toute notre législation algérienne; il y était dit : « L'exercice de la religion mahométane restera libre. La liberté des habitants de toutes les classes, leur religion, leurs propriétés, leur commerce, leur industrie ne recevront aucune atteinte ».

Ce n'est pas ici le lieu d'exposer la série des actes du gouvernement qui, tout en s'inspirant de la Capitulation de 1830, et en réservant le droit des indigènes de rester soumis à leurs lois, ont permis et facilité l'acquisition de la nationalité française; ni d'étudier les différences entre le régime appliqué aux musulmans et celui appliqué aux juifs. Les indigènes ont le droit, s'ils n'ont pas acquis la nationalité française, ou s'ils n'ont pas voulu suivre la loi française, d'être jugés selon leur loi person-

nelle, Koran ou Loi Mosaique, au moins en ce qui concerne leur statut personnel.

La cour de cassation censure les arrêts qui ont refusé l'application de la loi indigène, et au contraire rejette les pourvois fondés sur les dites lois, lors qu'elles étaient applicables. Rejet civ., 29 mai 1865, D., 1865, 1, 482 ; Cass., 15 avril 1862, S., 1862, 1, 577 ; Req., 6 juin 1883, S., 1884, 1, 99 ; 12 nov. 1878, S., 1879, 1, 107 ; 5 déc., 1872, D., 1872, 1, 313 ; 13 juin 1893, D., 1894, 1, 169.

Dans toutes ces hypothèses, l'application de la loi étrangère : Koran, Bible, Loi de Manou, est ordonnée formellement par des textes français.

SECTION X. — Conventions et Traités internationaux.

Les accords entre deux nations et, depuis que s'est généralisée la pratique des grandes conférences internationales, les conventions multiples entre les puissances, obligent avec plus de vigueur encore que la loi. Certainement le tribunal ou la cour, qui pour juger de la capacité d'un étranger à demander le divorce en France ne s'occuperait pas de la législation nationale de cet étranger, verrait sa décision cassée pour non-application de la loi étrangère.

Aujourd'hui le droit international privé positif fournit une liste assez longue de matières sur lesquelles des traités existent : aussi, dans bien des cas, la décision du litige doit, à peine de violer la loi française par fausse

application, être prise dans une législation étrangère.

Il a été jugé que, s'il existe des traités de réciprocité (V. art. 11 et 2128 C. C.), les tribunaux français doivent appliquer les lois étrangères ; de la même manière les tribunaux étrangers devraient faire application de la loi française. V. 7 fructidor an IV, Sir et Dev. 1791 — an XII, 1, 54 ; 21 brumaire an XIII, *ibid.*, an XIII — 1808, 1, 20.

L'arrêt d'une cour française, rendu au mépris d'un traité international, et qui refuserait de reconnaître l'autorité de la chose jugée à l'étranger, doit être cassé, car, dans ce cas, il y a application erronée de la législation française, non-application de la loi et de la décision étrangères. Cass., 15 juillet 1871, Dev. et Car., 1809-1811, 1, 377 ; encore Cass., 3 juin 1874, D., 1875, 1, 30.

Lorsque de telles hypothèses se présentent, la cassation est prononcée pour violation ou fausse application de la loi française, parce qu'en rejetant l'empire de la loi étrangère, le tribunal français a, en même temps, violé la loi française, la loi étrangère et le traité.

CHAPITRE II

L'APPLICATION DE LA LOI ÉTRANGÈRE N'EST PAS ORDONNÉE FORMELLEMENT PAR UN TEXTE FRANÇAIS.

Jusqu'ici nous avons vu la cour de cassation exercer sa censure à l'encontre des décisions françaises qui n'étaient pas fondées sur la législation étrangère alors que cette référence était commandée *expressis verbis* par la loi française.

Maintenant nous allons étudier la jurisprudence de la cour de cassation lorsque l'application du droit étranger ne semble pas imposée par un texte. Dans ces cas, la doctrine des arrêts a été moins ferme : des hésitations se sont produites. Cependant la cour suprême reconnaît que, même en l'absence des textes formels, l'esprit de la législation française réclame souvent en France l'application de la loi étrangère.

Lorsqu'un litige de droit international est porté devant les tribunaux français, le tribunal, après avoir jugé de sa compétence dans l'affaire, doit examiner quelle loi il appliquera à la solution des difficultés qui lui sont soumises. Le juge fera cet examen d'office puisque sa mis-

sion est de statuer suivant les règles que le code a admises pour résoudre les conflits de lois.

Il est bien évident qu'aucun texte français exprès ne décide quelle loi doit être appliquée à telle ou telle contestation. Pour interpréter une convention, décider qui peut contester la reconnaissance d'un enfant naturel, liquider une succession mobilière, déterminer les effets des délits, le régime matrimonial, quelle loi doit être appliquée ? Nos tribunaux se décideront d'après les circonstances et les principes de droit international que consacre l'esprit sinon la lettre du code ; ils verront si les prétentions des parties ne porteraient pas atteinte à l'ordre public français, et, s'il en est ainsi, seront amenés à ne point écarter l'application de la loi étrangère.

Tribunaux civils et cours d'appel en donnant une solution à la question du conflit des lois renient des décisions qui seront soumises au contrôle de la cour de cassation. Cette cour décidera si la juridiction inférieure a bien appliqué la loi compétente. On voit ainsi la cour suprême censurer des arrêts qui avaient appliqué la loi française ou la loi étrangère à des litiges pour lesquels la loi choisie ne lui paraissait pas compétente. Mais en général la cour est plutôt appelée à casser des décisions fondées sur le code civil. Nos tribunaux ont, en effet, trop souvent, la tentation, à laquelle ils succombent, de considérer la loi française comme une loi universelle appelée à régir le plus grand nombre de situations de droit, alors qu'il y aurait pourtant lieu d'appliquer la loi étrangère.

SECTION I — Etat et capacité.

L'article 3 du code civil ne contient pas de disposition semblable à l'article 6 du code italien. Si l'on sait que les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les français même résidant en pays étranger, aucun texte ne dit que l'étranger en France reste soumis, pour son état et sa capacité, à sa loi nationale. De ce silence de notre loi on aurait pu soutenir dans un système formaliste que le code devait déterminer en France l'état et la capacité des étrangers.

Si aucun auteur n'a émis une opinion si manifestement erronée, la jurisprudence a consacré cette singulière doctrine.

La femme espagnole ne peut s'engager solidairement avec son mari espagnol ni le cautionner; la cour de cassation statuant sur la question de sa capacité dit : « Attendu que si l'article 3 déclare que les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les français même résidant à l'étranger, il ne contient aucune disposition semblable ou analogue en faveur des étrangers qui résident en France. » 17 juillet 1833, S., 1833, 1, 663. Ainsi d'après ce système bizarre et fécond en conséquences inadmissibles, un même individu changerait de capacité d'état et de qualité autant de fois qu'il changerait de résidence; majeur et capable ici, mineur et incapable de l'autre côté de la frontière. Ce serait la

négarion de tout l'effort du droit international privé et la méconnaissance absolue du sens de notre législation car il n'est pas douteux que l'article 3 doit être entendu de façon à reconnaître en France le *statut personnel* de l'étranger. Les décisions comme celle que nous relatons ci-dessus semblent dictées par des considérations de fait ; M. Valette n'a-t-il pas dit : « Nous appliquerons en général à l'étranger sa loi personnelle étrangère, mais ce principe souffrira des modifications dans notre intérêt... si l'étranger faisait en France des conventions avec des français nous lui appliquerions relativement à sa capacité la loi française s'il résultait un préjudice pour les français de l'adoption de la loi étrangère. » Valette sur Proudhon, *Etat des personnes*, p. 85 et s.

Ainsi s'expliquent ces refus de cassation alors que la loi étrangère aurait dû être appliquée. Dans l'arrêt ci-dessus, la cour déclare que l'article 3 écarte en France l'application du statut personnel étranger puisque cet article ne contient pas de disposition reconnaissant formellement le droit de l'étranger. Dans d'autres arrêts, la cour, tout en reconnaissant la portée exacte de l'article 3, en arrête en fait l'application. Sans doute on ne peut reprocher à la Cour de cassation d'adopter l'opinion de M. Valette lorsqu'il dit : « Nous ne reconnaitrons pas chez nous un état que nos lois considèrent comme contraire à l'ordre public, par exemple l'esclavage ou la polygamie. » Mais dans les matières qui ne portent pas atteinte à l'ordre public français, il semble que la cour

ne devrait pas écarter l'application de la loi étrangère, dût-il même en résulter un préjudice pour un français. 25 mai 1868, S., 1868, 1, 365. *Rev. Prat. de D. I. P.* 1891, 1, 375.

Il est en effet admis que c'est à celui qui contracte à vérifier la capacité de celui avec lequel il traite : la chose est peut-être difficile quand on a affaire à un étranger ; mais est-il si facile, même pour un Français de savoir si tel individu est ou n'est pas interdit ou pourvu d'un conseil judiciaire ? On a vu la Cour de cassation écarter en fait l'application de la loi étrangère pour déterminer la capacité d'un mexicain mineur de vingt-cinq ans : Aff. Lizardi, S., 1861, 1, 306. « Attendu que si le statut
« personnel dont la loi civile française assure les effets
« aux français résidant en pays étranger, peut, par réci-
« procité, être invoqué par les étrangers résidant en
« France, il convient d'apporter à l'application du statut
« étranger des restrictions et des tempéraments sans les-
« quels il y aurait danger incessant d'erreur ou de sur-
« prise au préjudice des français. »

Cet arrêt présente à nos yeux une doctrine plus vraie que l'arrêt de 1833 ; mais nous regrettons que, le principe exact posé, la cour écarte l'application de la loi étrangère, déclarant que les faits de la cause peuvent autoriser un tel tempérament à la loi. Avec une pareille théorie l'incertitude règnera toujours au moins du côté des étrangers, car le juge français saura bien, pour éviter erreurs et surprises aux français, trouver dans les faits

une raison motivant la restriction qu'il apportera à l'application de la loi étrangère.

La jurisprudence de la cour de cassation ne semble favoriser ainsi l'intérêt français aux dépens du droit, que lorsqu'il y a une question pécuniaire en jeu. Dans la célèbre affaire de Mme Bukley, où l'intérêt français que l'on pouvait faire valoir à l'encontre de la loi étrangère était un intérêt d'ordre moral, la cour a maintenu les vrais principes : « C'est par les lois de son pays, par les faits accomplis dans ce pays conformément à ses lois que doit être appréciée la capacité de l'étranger pour contracter mariage en France. » S., 1860, 1, 210. La cassation fut prononcée à la suite du réquisitoire du procureur général Dupin. V. aussi D., 1878, 1, 340.

Deux affaires sont justement fameuses dans la science du droit international privé : l'affaire Forgo et l'affaire Bari, et ces procès qui, par ailleurs, présentent un intérêt considérable, sont encore des exemples dans lesquels nous voyons la cour de cassation annuler des décisions françaises qui n'ont pas fait application du statut personnel étranger.

La succession mobilière d'un étranger décédé en France sans y avoir acquis un domicile légal est régie par la loi du pays de cet étranger. En conséquence, la dévolution héréditaire des biens meubles que le bavaoise possède en France doit s'effectuer selon la loi bavaoise, c'est-à-dire en fait d'après les règles de la loi française, puisque la loi bavaoise applicable prescrit en pareil cas

l'application de la loi de la résidence du *de cuius*. Cass., 24 juin 1878, D., 1879, 1, 56 ; Rej. req., 22 fév. 1882, D., 1882, 1, 301. Nous n'avons pas à nous occuper ici de la question de savoir si le juge français devait faire céder, comme il l'a fait, nos règles de conflit de lois devant celles consacrées par la loi bavaroise : il reste pour notre thèse que la cour reconnaît l'empire de la loi étrangère pour régir la dévolution des successions mobilières des étrangers non admis à domicile et décédés en France. Req. 8 mai 1894, D., 1894, 1, 355.

Dans l'affaire Bari, la décision n'est pas moins intéressante et elle confirme encore ce que nous avons dit sur l'application en France de la loi étrangère sans qu'un texte exprès l'ordonne au juge de façon évidente. Pour l'exercice des droits de famille, sauf les restrictions de l'ordre public français, l'étranger reste soumis en France à sa loi nationale. Ainsi c'est la loi étrangère qui détermine les conditions de la reconnaissance et de la contestation de la paternité. Cass., 17 janvier 1899, S., 1899, 1, 177, note de M. Pillet.

SECTION II. — Distinction des biens en meubles et en immeubles.

L'article 3 du code civil décide que, pour la France, les immeubles même ceux possédés par des étrangers sont régis par la loi française. Pour l'étranger, une règle analogue est virtuellement reconnue par notre code qui, ici encore, a repris la tradition statutaire. C'est donc la

lex rei sitæ qui détermine la nature des biens, le point de savoir s'ils sont meubles ou immeubles, l'étendue, les modalités des droits que l'on peut avoir sur les biens. Quoique notre législation positive soit muette sur ce point, tels sont les principes admis.

Dès lors, encourra la cassation la décision qui, au mépris de cette règle, aurait considéré un bien comme meuble ou immeuble selon les distinctions établies par le code, alors que la *lex rei sitæ* contenait des dispositions différentes ; car appliquer en telle matière la loi française c'est l'appliquer à tort et violer l'esprit de l'article 3. « Attendu que les immeubles sont régis par la loi du « pays dans lequel ils sont situés ; que la question de « savoir si certains biens sont meubles ou immeubles « ne peut être résolue que par la loi du pays où ils se « trouvent. » Cass., 5 avril 1887, S., 1889, 1, 387.

« Attendu que les immeubles sont régis par la loi du « pays où ils sont situés. » Cass., 26 juillet 1894, D., 1895, 1, 5 ; 18 mars 1895, D., 1895, 1, 336 ; Rej. civ., 16 déc. 1873, D., 1874, 1, 151 ; et les hésitations de la cour, 28 avril 1836, S., 1836, 1, 749.

En ce qui concerne les meubles, on connaît les distinctions établies par la pratique judiciaire suivant qu'on les envisage *ut singuli* ou bien *ut universitas*. Aussi souscrivons-nous à cet attendu de l'arrêt du 19 mars 1872, D., 1874, 1, 465 : « Attendu que si cet article [3], en disant expressément que les immeubles possédés par des étrangers sont régis par la loi française, garde le silence sur

les meubles, rien n'autorise à en conclure que ces derniers dans la pensée du législateur doivent être toujours et nécessairement soumis à la loi étrangère. »

En conséquence, la cour de cassation a refusé d'admettre, qu'en France, les créanciers hypothécaires anglais, inscrits sur un navire anglais appartenant à un anglais, pussent se prévaloir de leur droit de préférence à l'encontre de créanciers français. Le meuble considéré isolément du patrimoine de son propriétaire est donc soumis à la *lex rei sitæ*.

Mais pour la masse mobilière d'un patrimoine, ou les meubles envisagés *ut universitas*, ces meubles suivent d'autres règles. La succession mobilière est régie par la loi du domicile du *de cujus*; tel est du moins le principe constamment appliqué, et nous ne nous occupons pas ici du point de savoir si c'est à tort ou à raison et s'il ne vaudrait pas mieux donner compétence à la loi nationale du *de cujus*.

La loi française doit donc être écartée, et céder devant la loi étrangère lorsqu'il s'agit de déterminer les ayants droit à la succession mobilière d'un étranger décédé domicilié à l'étranger : « Attendu, quant aux meubles, « que d'après l'ancienne règle toujours subsistante ils suivent la personne de leur propriétaire et sont réputés « exister au lieu d'ouverture de sa succession sauf le cas « prévu par l'article 2 de la loi du 14 juillet 1819; que, « dès lors, si la prétention des demandresses était reconnue fondée, c'est-à-dire si les meubles devaient

« être restitués à la succession du prince G..., ils seraient « censés n'en être jamais sortis et devraient être régis « par la loi moldave. » 22 mars 1865, D., 1865, 1, 127. Cette déclaration de principes faite, il est évident que la cour casserait la décision qui n'aurait pas appliqué la loi étrangère reconnue compétente pour fournir la solution de la question litigieuse. *Sic* encore : Req., 19 avril 1859, D., 1859, 1, 277.

SECTION III. — Règle « *Locus regit actum* ».

Nous avons vu dans le chapitre premier que la cour de cassation sanctionne la non-application de la loi étrangère, lorsque cette application est ordonnée par un texte français exprès. Notamment la cour exige que les magistrats suivent les dispositions de la loi étrangère en ce qui concerne les formes des actes de l'état civil des français et des étrangers dressés en pays étranger, les formalités de la célébration du mariage entre français et entre français et étrangers à l'étranger, la forme du testament authentique fait par le français à l'étranger. Dans ces trois hypothèses, l'ordre est donné formellement par les articles 47, 170, 999 du code civil, et l'on ne conçoit pas le refus de cassation au cas où une décision refuserait de tenir compte de ces articles. Ce sont des indices du système adopté par notre législation touchant la règle générale applicable aux lois relatives à la forme extérieure des actes ; la loi française, sans la formuler en toutes matières d'une façon expresse, l'adopte très certainement.

Cette règle se fonde sur cette considération que chaque pays conçoit d'une façon particulière et originale les formalités destinées à faire preuve des rapports de droit. La règle *locus regit actum* s'explique aussi par l'impossibilité où se trouveraient les nationaux d'un pays, de suivre en pays étranger les formalités établies par leur loi nationale. Cette règle est si nécessaire que la loi positive n'a pas cru devoir pour chaque institution rappeler le principe; elle le fait trois fois dans les articles précités, et elle l'écarte dans un article (2128) relatif à la propriété immobilière et au régime hypothécaire, matières pour lesquelles les lois locales entendent rester maîtresses absolues.

Dans l'état de nos textes, sauf dans trois cas, on ne peut donc dire que la règle *locus regit actum* soit formellement édictée, et, que sa violation amenant une contravention à la loi française, il y ait lieu à cassation au cas où la juridiction française aurait omis de rechercher dans une loi étrangère quelles sont les formalités et modes de preuve que cette législation prescrit. Cependant la cour censure les décisions qui n'ont pas fait application des lois étrangères sur les formalités relatives aux faits juridiques qui se sont passés dans leur territoire. Pour montrer la théorie de la jurisprudence nous ne saurions mieux faire que de citer : « Attendu en droit qu'en ce qui « touche la forme des actes passés en pays étranger, la « maxime *locus regit actum* de tout temps admise par « l'ancienne législation française est formellement consa-

« crée par le code Napoléon qui l'applique notamment « aux actes de l'état civil et aux testaments ». Req., 18 avril 1865, S., 1865, 1, 317; Cass., 23 mai 1892, S., 1892, 1, 521.

I. — La reconnaissance d'un enfant naturel faite par un français à Singapoor, pays soumis à la loi anglaise, est nulle comme non authentique alors que cette reconnaissance est faite dans une lettre testamentaire, qui, par ailleurs, ne peut être considérée comme authentique et valable d'après la loi anglaise. Req., 2 août 1897, D., 1898, 1, 377. Sans doute, dans cet arrêt la cour de cassation a pu rejeter le pourvoi puisqu'il n'y avait pas violation de l'article 999 et que la loi anglaise ne considère pas cette lettre testamentaire comme authentique. Cette lettre ne vaut donc pas testament; et, comme non authentique elle ne peut non plus valoir reconnaissance d'enfant naturel (334 code civil). Si la lettre eût été d'après la loi britannique un testament authentique, la reconnaissance y contenue eût été authentique et valable. L'authenticité exigée par la loi française n'est exigée et ne peut l'être que suivant les modes établis par la loi étrangère.

Dans cet arrêt, la cour indique donc que la reconnaissance de l'enfant n'étant pas faite par un acte authentique anglais, cette reconnaissance n'était pas valable aux yeux de la loi française. C'est faire application de la maxime *locus regit actum* à une hypothèse pour laquelle n'existe pas de texte exprès.

II. — La cour de cassation, Req., 18 août 1856, D.,

1857, 1, 39, a jugé que les formes requises pour la régularité d'un effet de commerce sont déterminées par la loi du pays où cet effet a été souscrit : qu'un billet à ordre, souscrit en Angleterre, est régulier quoique non écrit de la main du souscripteur, quoique la signature ne soit pas précédée des mots : Bon pour, avec indication de la somme due :

« Attendu que les billets dont s'agit ayant été souscrits
« par un anglais à Londres, c'est par la loi d'Angleterre
« que l'on doit juger si ces billets forment des billets à
« ordre ou promesses de payer. » 18 août 1856, précité.

Même solution : « Attendu que ce contrat est régi quant
« à sa forme et à son mode de preuve par la loi du pays
« où il a été conclu, et non par la loi du pays où son
« exécution est poursuivie. Qu'ainsi le juge français doit
« admettre la preuve par témoins des conventions pure-
« ment verbales, quelle qu'en soit la valeur, lorsqu'elles
« ont été passées dans un pays dont la loi n'exige pas leur
« rédaction par écrit et autorise la preuve testimoniale. »
Cass., 24 août 1880, D., 1880, 1, 447 ; Rej., 28 décembre
1892 ; D., 1895, 1, 81.

III. — Le contrat de mariage passé à l'étranger devant un notaire étranger fait foi de son contenu et peut être invoqué en France : « Attendu qu'il est constaté par l'arrêt attaqué que, d'après la coutume de Jersey, qui fait la loi du pays, les contrats de mariage peuvent être reçus par les notaires ; que les actes dressés par ces officiers publics font foi de leur contenu et de leur date jusqu'à

inscription de faux ; que la cour d'appel en décidant d'après cette preuve que le contrat de mariage était valable a fait une juste application de la règle *locus regit actum* et n'a violé aucune loi. » Req., 12 juin 1855, D., 1855, 1, 389.

La cour de cassation dans des arrêts dont la doctrine nous paraît sujette à controverse, en ce qui concerne la question de l'époque à laquelle doit intervenir le contrat de mariage, dit encore : « Attendu que si cette commune intention (de soumettre les intérêts civils des époux aux lois en vigueur en Toscane) n'a été réalisée par un acte public qu'après la célébration du mariage, les époux se sont encore, sous ce rapport, conformés à la législation de Toscane, qui autorise les pactes dotaux après le mariage, et que la détermination de l'époque à laquelle doit intervenir ce pacte, comme tout ce qui tient à sa forme extérieure est soumis à l'empire de la règle *locus regit actum*. » Rej. civ., 11 juillet 1855 ; D., 1856, 1, 9 ; Req., 24 déc. 1867, S., 1868, 1, 134.

On chercherait vainement les articles de nos lois ordonnant en ces espèces l'application de la loi étrangère sur les formes et moyens de preuve ; cependant, notre cour suprême exerce son contrôle sur les décisions qui contreviennent au principe de la règle *locus regit actum*.

SECTION IV. — Obligations.

I. — L'article 1134 du code civil dit que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Cet article est dans le chapitre des Obligations, et,

si généraux qu'en soient les termes, il est cependant certain que, lors de sa rédaction, on ne pensait pas aux extensions considérables qu'il recevrait de la jurisprudence.

La violation de la *loi du contrat* a depuis longtemps été admise comme cas de cassation : il ne faut pas que le juge, après avoir constaté l'existence et le sens d'un contrat, modifie sous un prétexte quelconque ce qu'il reconnaît avoir été convenu entre les parties ; mais le juge peut et doit fixer le sens de la convention par interprétation de la volonté et seule son interprétation échappe au contrôle de la cour de cassation. Tel est, en résumé, le système que la cour applique aux conventions intervenues entre français en France.

En matière internationale, la cour de cassation admet que l'article 1134 peut recevoir application et que le juge est lié par la convention qui, *loi des parties*, est encore *loi pour le juge*. Ainsi, lorsque des contractants ont convenu que leur accord serait régi par telle loi étrangère, la cour censure les décisions qui ne respectent pas cette loi. De même encore si les contractants n'ont pas pris le soin de préciser quelle loi régira leur obligation, et que de l'examen des clauses du contrat et des circonstances, il apparaisse que c'est une loi étrangère qui doit être appliquée, la cour exige que les juridictions inférieures décident d'après la loi étrangère. Enfin, au cas où les clauses du contrat ne permettent pas d'interpréter la volonté des parties, la cour a pour principe de soumettre la conven-

tion à la loi du lieu où elle est intervenue et casse toutes décisions contraires.

Dans ces hypothèses, les demandeurs en cassation argumentent d'une prétendue violation de l'article 1134 du code civil; mais cet article que l'on invoque ainsi est loin d'avoir cette portée, et au fond le pourvoi est fondé sur la violation d'un principe de droit international privé qui reconnaît aux parties contractantes le droit de faire régir leurs conventions particulières par telle ou telle loi positive.

La cour a proclamé ces principes dans l'arrêt de cassation du 23 fév. 1864, S., 1864, 1, 385 : « Attendu qu'aux termes de l'article 1134, les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites; que pour décider si une convention a été légalement formée, il faut l'examiner d'après les règles de la législation à laquelle sa formation était soumise; Attendu que Jullien s'est embarqué à Hong-Kong, possession anglaise, en contractant avec la Compagnie anglaise péninsulaire orientale; que cette convention relevait de la législation anglaise, en vertu de la règle qui fait régir l'acte par la loi du lieu où il a été passé, quant à sa forme, à ses conditions fondamentales et à son mode de preuve; — Attendu que l'arrêt attaqué, en appréciant selon la loi française la preuve produite par la Compagnie à l'effet de se prétendre exonérée du dommage résultant pour Jullien de la perte de ses bagages et en refusant ainsi d'examiner le litige au

point de vue du statut anglais, a expressément violé l'article 1134 du code Napoléon ; — Casse, etc... »

Même doctrine dans : Rejet 10 juin 1857, D., 1859, 1, 194 ; Cass., 4 juin 1878, S., 1880, 1, 428 ; Cass. 6 février 1900, S., 1900, 1, 161 et note de M. Lyon-Caen.

Allant logiquement du principe général aux applications particulières, la cour de cassation est amenée à reconnaître que le contrat de mariage peut être soumis à des lois étrangères. Suivant les circonstances, à défaut de déclaration expresse des parties, la cour estime que le régime matrimonial des biens est soumis, à la loi du domicile conjugal, à la loi de la célébration du mariage, à la loi personnelle des époux. Le juge français doit donc voir quelles sont les dispositions de la loi étrangère qui pourront s'appliquer en France ; il doit aussi assurer cette application. Rejet civ., 30 janvier 1854, D., 1854, 1, 61 ; *id.*, 11 juillet 1855, D., 1856, 1, 9 ; Req., 18 août 1873, D., 1874, 1, 258 ; *id.*, 18 mai 1886, D., 1887, 1, 277 ; 9 mars 1891, D., 1891, 1, 459.

II. — Quelle loi sera appliquée en France aux délits et quasi-délits commis à l'étranger ? Aucun texte positif ne le dit. Que l'auteur soit français ou étranger, que la victime soit de telle ou telle nationalité, les dommages-intérêts ou la réparation civile du fait dommageable étant poursuivis en France, que fera le tribunal français ? En cette matière, l'article 3 du code civil qui dispose que, les lois de police ou de sûreté obligent tous ceux qui habitent le ter-

ritoire, peut servir d'indication étant donné le principe général dont il est une application. La répression du délit sera assurée par la loi territoriale, en France et à l'étranger.

Mais que décider à l'égard des réparations civiles ? La nationalité du délinquant et celle de la victime ne doivent pas faire changer la décision ; de même, peu importe le tribunal devant lequel la demande sera portée. La responsabilité naît de l'acte illégal et doit rester la même devant toutes les juridictions : l'élément de fixité ne se trouvera donc que dans la loi du lieu où le délit a été commis. C'est d'après cette loi que le tribunal français saisi appréciera la responsabilité de l'auteur et le condamnera à fournir les réparations légitimes. Rejet civ., 16 mai 1888, D., 1888, 1, 305.

En cette matière encore, aucun texte exprès n'ordonne au tribunal français de faire application de la loi étrangère. Mais cet ordre pour n'être pas explicite est cependant certain : ce sont des arguments de réciprocité ou d'analogie qui font apprécier en France l'état et la capacité de l'étranger selon sa loi nationale, qui ordonnent de faire la distinction des biens en meubles ou immeubles suivant la *lex rei sitæ*. Nos textes, loin d'écarter la loi étrangère sont, au contraire, rédigés de telle manière que cette loi doit être appliquée chaque fois que le conflit des lois sur le point litigieux apparaît comme devant se résoudre par le sacrifice de la loi française.

C'est à la cour de cassation qu'il appartient de contrô-

ler si le tribunal ou la cour d'appel n'auraient pas été trop enclins à puiser leur décision dans la loi française alors que le droit exigeait qu'il fût fait, hors de leur pays d'origine, application des lois étrangères.

SECTION V. — Loi d'un pays annexé.

Lorsque la France, à la suite du traité de Turin, 24 mars 1860, annexa la Savoie et le comté de Nice, la loi française remplaça pour ces pays les codes du royaume de Sardaigne. Mais pour les juges français appelés à statuer sur des difficultés nées avant l'annexion et à tirer les conséquences juridiques de faits accomplis ou d'intérêts nés avant notre prise de possession, le respect de la loi sarde s'imposait. Il en serait de même d'ailleurs en bonne justice pour tous les cas d'annexion à moins de déclarations contraires.

Ce respect dû à la loi ancienne n'est pas toujours inscrit dans un texte : nous avons vu de tels documents dans des hypothèses d'annexion de pays dont les lois étaient absolument différentes de la loi française, notamment pour les indigènes de nos colonies de l'Inde et de l'Algérie ; ces textes conservent à ces indigènes une partie sinon la totalité des dispositions de leurs lois anciennes.

Mais rien de pareil n'a été décidé et proclamé à la suite de l'annexion de Nice et de la Savoie. Le code civil français remplace purement et simplement le code civil sarde, qui en était d'ailleurs peu différent.

On ne peut songer, pour justifier cette non-rétroactivité de la loi française à invoquer l'article 2 du code civil : cet article ne vise que l'application successive des lois françaises en France. Le principe de l'article 2 est cependant général et d'application universelle : on reconnaît la nécessité pour la sécurité des relations que les droits acquis sous certaines conditions soient respectés et sanctionnés alors que leurs conditions d'acquisition sont maintenant changées.

C'est par application de cette règle de bon sens et d'équité, qui est bien un principe de droit international que les tribunaux français ont eu à rechercher dans des législations étrangères les droits acquis à tels ou tels justiciables.

Nous emprunterons nos arrêts aux décisions qui ont suivi l'annexion de la Savoie : c'est l'exemple le plus célèbre que nous ayons d'une annexion faite par la France.

« La puissance paternelle tolérée par nos lois est peu de chose à côté de celle consacrée par le code sarde... C'est à la lumière de cette législation, qui constitue si énergiquement la puissance maternelle après le décès du père, qu'il s'agit d'apprécier la clause litigieuse du testament. » Rapport de M. le conseiller Babinet. Req. 22 janvier 1883, S., 1884, 1, 25 ; et la cour consacrait ces paroles dans son arrêt, disant : « Qu'en principe le respect de la loi ancienne d'un pays annexé s'impose d'office

aux tribunaux français, lorsqu'il s'agit de faits accomplis et d'intérêts nés avant l'annexion. » *Sic* encore : Cass., 3 août 1871, S., 1871, 1, 200; *id.*, 16 mars 1880, S., 1882, 1, 174.

TITRE II

De la violation de la loi étrangère.

Dans notre titre premier, nous avons eu à nous occuper de la façon dont la cour de cassation jugeait les décisions qui, au mépris de la loi française positive ou au mépris de l'esprit de la loi française, avaient écarté en France l'application du droit étranger. Maintenant nous devons analyser la jurisprudence de notre cour suprême sur la seconde question qui se pose nécessairement : la loi compétente étant la loi étrangère, quel sort aura le recours formé en cas de violation ou de mauvaise interprétation de cette loi étrangère ?

Il a été fait application par les juges d'une loi étrangère à la solution des questions de droit soulevées par un litige : cette application était juste, en ce sens que cette loi était bien compétente. La décision devait donc être prise en dehors de la loi française : la cour de cassation a approuvé le jugement ou l'arrêt qui a reconnu l'empire de la loi étrangère. Mais le demandeur en cassation ne se plaint pas de l'application ou de la non-application de lois étrangères ; il prétend que la loi étrangère appliquée

n'a pas le sens que lui donne la juridiction française qui a voulu en faire application. En d'autres termes, la disposition de la loi étrangère qui a été invoquée par nos juges n'existerait pas ou n'aurait pas la portée qui lui a été donnée.

Il semblerait que la cour de cassation, qui prend le soin difficile de reconnaître quelle loi doit régir les rapports de droit soumis au juge, et, qui sanctionne de cassation ce qu'elle considère comme une erreur de la juridiction inférieure, dût sur cette seconde question, l'exacte interprétation des textes étrangers, sanctionner de même les erreurs des premiers juges. Il n'en est rien cependant : la cour de cassation refuse d'intervenir, prétendant que la violation des textes étrangers échappe à son contrôle.

Tel est le principe qui est affirmé dans tous les arrêts qui ont statué sur des recours formés au cas de fausse interprétation de la loi étrangère. Mais à ce principe la cour a apporté une restriction fameuse qui, semble-t-il, le mettait à néant. Les arrêts, après avoir affirmé la règle que nous avons résumée, continuent : les cours d'appel et les tribunaux interprètent souverainement les lois étrangères et leur décision est soustraite au contrôle de la cour de cassation, *à moins que l'interprétation par elles donnée de la loi étrangère ne devienne la source d'une contravention* EXPRESSE à la loi française.

Cette seconde déclaration n'est bien souvent inscrite dans les décisions que comme un principe dont précisément il n'y a pas lieu de faire application : 28 avril

1836, S., 1836, 1, 749; 6 février 1843, S., 1843, 1, 210; 15 avril 1861, D., 1861, 1, 420; 15 juin 1863, D., 1863, 1, 343; 25 mai 1868, S., 1868, 1, 365; 4 juin 1872, S., 1872, 1, 160; 23 février 1874, S., 1874, 1, 145; 18 février 1874, D., 1874, 1, 255; 10 février 1892, S., 1892, 1, 317.

Il n'est pas facile d'analyser ce qu'est la contravention à la loi française qui devrait faire prononcer la cassation. C'est même cette difficulté qui a conduit la cour à supprimer dans ses décisions la restriction jusqu'alors apportée à sa théorie.

La cour bien souvent, en outre, au mépris du principe qu'elle avait elle-même posé, a rejeté les pourvois fondés sur une violation de la loi étrangère, source d'une contravention expresse à la loi française, et reçu ceux fondés sur la violation de la loi étrangère, alors qu'il n'y avait pas contravention expresse à nos lois.

Sur la question de la violation de la loi étrangère, il y a donc une grande confusion dans la doctrine de la cour. Toutefois, à la lecture des nombreux arrêts relatifs à ce point, nous avons cru voir que la cour, après les hésitations que nous indiquerons, avait renoncé à exercer son contrôle sur l'interprétation de la loi étrangère.

Nous étudierons cette jurisprudence sous les divisions adoptées pour notre premier titre, en distinguant les arrêts d'après la manière expresse ou non expresse dont notre droit réclame l'application du droit étranger.

OBSERVATION. — Il nous faut faire cette remarque qu'ici

notre classification pourra ne pas sembler satisfaisante ni logique. A ce reproche qu'on ne manquera pas de nous adresser, nous tâcherons de répondre.

Nous disons, et on le verra bien par la suite, que la plus grande incertitude règne dans les solutions. Tous les auteurs qui ont étudié ce sujet, soit dans leurs traités, soit dans des articles, soit en note d'arrêts, ont constaté l'embarras où ils se trouvaient de reconnaître quelle règle suivait la cour de cassation. Sans raison apparente, une solution est aujourd'hui admise qui sera repoussée demain. La cour semble avoir sur la question deux opinions contemporaines et diamétralement opposées.

Aussi, on pourrait refuser de classer comme nous le proposons les décisions de notre cour suprême; on préférerait voir étudier d'abord les arrêts dans lesquels la cour de cassation sanctionne les violations de la loi étrangère en cassant les décisions tombées dans cette erreur, ou, du moins, déclare que dans ce cas il y a lieu à cassation; on verrait ensuite les arrêts où la cour refuse de censurer les erreurs commises par les cours d'appel sur l'interprétation des lois étrangères.

Ce procédé aurait des avantages, il servirait, peut-être mieux que celui auquel nous nous tenons, à mettre en lumière l'issue pratique du pourvoi; il nous épargnerait certaines redites que notre plan ne nous permettra pas d'éviter. Mais de cette façon apparaîtraient moins les contradictions dans les théories de la cour de cassation; en outre, et c'est la raison qui nous fait suivre le plan indi-

qué, nous pensons ainsi montrer plus clairement le changement qui se manifeste dans l'attitude de la cour. Par d'insensibles différences de rédaction, la théorie et les solutions de cette cour se transforment et s'identifient dans les deux hypothèses que, jusqu'alors, elle prenait soin de distinguer.

La méthode d'après laquelle sera étudiée une jurisprudence peut, en certaines matières, présenter un intérêt majeur : mais ici nous ne pensons pas que ce soit le cas. En fait, il nous a semblé que les deux méthodes pouvaient être adoptées. Nous suivons celle-ci, qui peut paraître moins synthétique, non par raison de symétrie, mais parce qu'en étudiant la jurisprudence il nous est apparu que c'était dans les cas où l'application du droit étranger était ordonnée par un texte formel français, que la cour de cassation avait, sinon rendu plus de décisions, du moins fait plus de déclarations favorables à la saine interprétation en France de la loi étrangère.

Dans un troisième chapitre, nous indiquerons ce que décident sur ce point les cours suprêmes de l'étranger. Notre travail traitant d'une question qui intéresse la loi étrangère, il nous paraît légitime de montrer comment l'étranger statue sur l'interprétation des lois françaises. Nous verrons par là qu'en général les tribunaux d'un pays donné ne considèrent pas comme antijuridique la théorie qui consiste à ne pas assurer aux lois des autres pays une juste interprétation.

CHAPITRE PREMIER

L'APPLICATION DE LA LOI ÉTRANGÈRE VIOLÉE EST ORDONNÉE FORMELLEMENT PAR UN TEXTE FRANÇAIS

A la lecture des motifs des décisions, surtout des décisions anciennes, il semblerait qu'on ne dût, en cette première hypothèse, rencontrer que des arrêts de cassation. L'application de la loi étrangère étant ordonnée formellement par un texte français, on serait fondé à croire que toute erreur sur la loi étrangère est une erreur qui devient la source d'une contravention expresse à la loi française.

Cependant les arrêts nous montreront que la cour ne le juge pas ainsi toujours ; des décisions contradictoires ont été rendues, et surtout il y a dans les déclarations de la cour un manque absolu de logique. On en vient même à se demander si sur ce point les magistrats de la cour ont réellement une théorie, ou s'ils ne se laisseraient pas aller suivant les circonstances à décider que tantôt ils ont compétence, tantôt ils ne l'ont pas pour assurer à la loi étrangère en France une juste interprétation.

SECTION I. — Article 17 du code civil.

L'article 17 du code civil décide que le français perd sa qualité de français s'il acquiert à l'étranger, sur sa demande, la nationalité étrangère. L'ordre donné au juge français de considérer si la loi étrangère a fait acquérir au français la nationalité est bien formel, aussi explicite que dans les articles 47, 170, 999, que l'on cite toujours en pareille circonstance. Il semble que dans cet article le code civil s'incorpore aussi complètement que possible la loi étrangère et qu'il ne puisse être commis une erreur sur le sens de cette loi étrangère, sans que cette erreur devienne la source d'une contravention formelle à la loi française. Le pourvoi devrait donc être admis et la décision erronée cassée : tel est bien le principe (16 fév. 1875, S., 1875, 1, 193); mais la cour n'y est pas toujours fidèle : « Attendu, en droit, que, lors même que les Ordonnances espagnoles des 10 août 1816 et 18 octobre 1817 relatives à la naturalisation des étrangers auraient été violées, leur violation ne pourrait pas entraîner la cassation de l'arrêt attaqué qui n'a porté aucune atteinte à la législation française. » Req., 9 nov. 1846, S., 1847, 1, 55. Et encore : « Attendu que l'arrêt attaqué constate que l'ensemble de ces actes satisfait aux conditions de validité prescrites par la loi argentine; que cette interprétation d'une loi étrangère est souveraine, et qu'elle échappe au contrôle de la cour de cassation. » Rej. civ., 26 fév. 1890, S., 1893, 1, 126.

L'arrêt de 1846 contient évidemment une erreur : dé-

clarer que la violation de la loi étrangère relative à la naturalisation ne porte pas atteinte à la loi française, c'est dire que la disposition de l'article 17 du code civil, ordonnant au juge de se référer à la loi étrangère pour décider si le français est naturalisé à l'étranger, n'a pas de sens. C'est affirmer simplement une contre-vérité que de dire : la législation française est elle-même respectée et le pourvoi doit être rejeté.

Dans d'autres arrêts, la cour a sur ce même point une autre théorie ; elle ne soutient plus que l'interprétation donnée par la cour d'appel est souveraine (arrêt de 1890 précité) ; mais elle discute le point de savoir si la loi étrangère conférerait en ce cas au français la nationalité étrangère. Lorsque de cet examen il lui apparaît que la cour d'appel ou le tribunal a fait une juste et saine application de la loi étrangère, elle rejette le pourvoi, laissant par là entendre et déclarant même qu'elle se reconnaît compétente et qu'elle casserait la décision qui aurait violé la loi étrangère. 16 février 1875, S., 1875, 1, 193 ; 20 janvier 1879, D., 1879, 1, 107.

SECTION II. — Article 19 du code civil.

Cet article contient une disposition qui, semblable à celle de l'article 17, exige du juge français l'application de la loi étrangère pour décider si la femme française épousant un étranger prend la nationalité de son mari.

Dans l'affaire Freige, que nous avons déjà citée, la question se posait de savoir quel était le sens de la légis-

lation ottomane, dont l'application était obligatoire. Le tribunal civil de Marseille avait fait demander à la section législative du conseil d'État ottoman ce que décidait la loi turque. Le conseil d'État envoya une note explicative reconnaissant que l'étrangère se mariant avec un ottoman perdait sa nationalité. Cette preuve liait-elle nos juges? C'est une question que l'on peut se poser, bien qu'il semble extraordinaire que l'opinion exprimée officiellement par un État souverain soit mise en doute. Aussi ne pouvons-nous approuver les paroles de l'avocat général Desjardins : « Le juge du fait apprécie nettement par une interprétation de ce statut (étranger) que le mariage ne conférait pas à la femme française la nationalité du mari; sa décision échappe à votre censure ». — Plus loin le même magistrat, en contradiction avec lui-même, ajoute : ... « J'ai à peine besoin de remarquer que la Turquie est un pays civilisé. J'ajoute, comme représentant du gouvernement près la cour de cassation, que l'Empire turc est une grande puissance avec laquelle nous entretenons depuis des siècles les meilleurs rapports. — Enfin, il m'est impossible d'adhérer au jugement sévère qu'on portait tout à l'heure sur l'avis du conseil d'État du 24 avril 1892. L'Empire ottoman n'a pas d'institutions représentatives, et le sultan y exerce la plénitude du pouvoir législatif. Un avis émis par la section législative du conseil d'État, organe de ce pouvoir suprême, emprunte à cette organisation politique une importance particulière. Sa portée

pourrait être amoindrie, si la doctrine qu'il renferme avait été créée pour les besoins de la cause... »

Ces dernières paroles semblent bien dire que l'interprétation de la loi ottomane ne pourra pas être donnée souverainement par la cour d'appel saisie du renvoi. Dans l'arrêt, la cour ne se prononce pas de façon ferme : elle dit bien que l'interprétation de cette loi a été demandée à « l'autorité ottomane compétente pour affirmer l'existence et déterminer le sens et la portée de la législation ottomane sur le point en question; » mais la cour ne semble pas vouloir indiquer à la cour saisie du renvoi que, dans l'interprétation à donner de la loi ottomane, le pouvoir souverain d'appréciation du juge français ne saurait exister. Cass., 2 août 1893, S., 1895, 1, 449 et note de M. Pillet; Aix, 7 nov. 1907, S., 1908, 2, 89 et note de M. E. Naquet.

SECTION III. — Articles 47 et 170 du code civil.

Il résulte assez clairement des termes de l'arrêt du 7 février 1860, D., 1860, 1, 126, que la cour de cassation se reconnaît compétente pour connaître de la violation d'une loi étrangère applicable aux formalités du mariage. Dans cette affaire, la cour n'a pas été convaincue par la consultation de droit anglais, qui lui avait été fournie; elle n'a pas estimé que la preuve de la célébration du mariage fût faite complètement : elle a donc jugé que la cour d'appel avait interprété le droit anglais, mais non souverainement et que la décision rendue à Rouen

n'échappait pas à son contrôle. La disposition de l'article 47, du code civil exige que le juge français vérifie si l'acte de l'état civil fait en pays étranger a été rédigé dans les formes usitées dans ledit pays. L'article 170, qui consacre expressément la règle *locus regit actum* à la matière du mariage, serait pareillement violé si la juridiction française qui applique la loi étrangère commettait une erreur sur le sens de cette législation.

En sens contraire : 15 avril 1861, Req., D., 1861, 4, 420, S., 1861, 4, 721. M. Laurent, t. II, apprécie sévèrement ce dernier arrêt.

SECTION IV. — Anciens articles 726 et 912.

Nous voyons, sur l'application des anciens articles 726 et 912, la cour poser très nettement et appliquer la théorie aux termes de laquelle la violation de la loi étrangère, source d'une violation de la loi française, est sanctionnée de cassation : 24 août 1808, Sir. Dev., an XIII—1808, 4, 572; 1^{er} fév. 1813, Sir. Dev., 1812-1814, 4, 270 : « Attendu que la cour impériale, après avoir erré dans l'interprétation et l'application des lois du royaume d'Italie, a commis une contravention expresse aux lois de l'Empire; Attendu enfin qu'il n'est pas nécessaire d'établir ici une distinction à faire entre le cas où les tribunaux ne se sont trompés que dans la relation des faits ou dans l'interprétation des actes dont la cour n'a pas à s'occuper et celui où ils se sont trompés dans la décision d'une question de droit, qu'il appartient toujours à la cour d'apprécier et de

juger; qu'il ne l'est pas davantage d'examiner si l'erreur de droit telle que celle qui résulte de la violation ou fausse application des lois étrangères donne par elle-même et dans tous les cas ouverture à cassation; qu'il suffit que, dans l'espèce, cette erreur de droit sur le sens et l'application d'une loi que sa sagesse et la clarté de ses dispositions a fait adopter dans le royaume d'Italie soit devenue la source des plus expresses contraventions aux lois de l'empire, pour qu'il soit indispensable d'annuler l'arrêt auquel ces contraventions sont justement reprochées; Casse...»

SECTION V. — Article 999 du code civil.

La théorie est pareillement affirmée à propos de l'article 999 du code civil : « Attendu, d'autre part, que si en validant le testament litigieux, l'arrêt attaqué avait violé la loi belge, cette infraction à une loi étrangère pourrait donner ouverture à cassation, puisqu'elle aurait pour conséquence la violation de l'article 999 du code civil, aux termes duquel les testaments authentiques faits par les français à l'étranger doivent être passés avec les formalités prescrites dans le pays où l'acte a été rédigé ; » *Rej. civ.*, 12 fév. 1879, *S.*, 1879, 1, 121.

Moins nette la doctrine dans l'arrêt du 6 fév. 1843, *S.*, 1843, 1, 210; mais dans cette décision la cour de cassation se livre à l'examen de la législation anglaise sur l'authenticité des testaments, et ce, en contradiction formelle avec les conclusions de l'avocat général Hello qui l'invitait à ne pas s'occuper de cette question.

Solution absolument contraire au principe : *Rej.*, 2 août 1897, *S.*, 1900, 1, 283.

SECTION VI. — Articles 5 et 7 du code d'instruction criminelle.

L'article 5 du code d'instruction criminelle, exige pour qu'un délit étranger soit punissable en France qu'il soit réprimé aussi par la loi du pays où il a été commis. La violation de la loi étrangère sur ce point est soumise comme toute question de droit au contrôle de la cour de cassation (*Gazette des Trib.*, 19 déc. 1887). *Ch. crim.*, 15 juin 1899, *S.*, 1901, 1, 303 ; 22 juin 1901, *Clunet*, 1901, 979.

SECTION VII. — Loi du 5 juillet 1844.

Cette loi reconnaît que le brevet pris en France pour une invention déjà brevetée à l'étranger a une durée qui dépend des dispositions de la loi étrangère sur la durée des brevets. Le juge français doit donc rechercher s'il y a brevet à l'étranger et quelle est sa durée : ainsi il décidera de l'existence du brevet et de sa durée en France. Si le juge se trompe sur le sens de la loi étrangère, son erreur se répercutera en France, car il maintiendra au profit d'une invention des privilèges qui n'existent plus pour elle à l'étranger. La violation de la loi étrangère apparaît bien comme une source de contravention à la loi française. La cour étant donné son principe devrait vérifier la saine application du droit étranger ; mais elle ne le fait pas, considérant comme souveraine l'interprétation du

texte étranger donnée par la cour d'appel. Rej , 28 juin 1881, S., 1881, 1, 409 et la note.

SECTION VIII. — Textes relatifs aux indigènes de nos colonies.

Les indigènes de nos possessions conservent s'ils le veulent leurs lois et coutumes de telle sorte que nos tribunaux français ou indigènes doivent juger d'après la loi indigène.

Les textes français sont formels (V. titre I^{er}) : s'il est commis une erreur sur le sens de la loi indigène, Koran, loi de Manou, loi Mosaïque, la cassation sera encourue. 26 déc. 1881, S., 1882, 1, 265 ; dans la discussion, M. l'avocat général Petiton a résumé en ces termes la doctrine de la cour : « Le droit musulman appliqué en Turquie ou dans tout autre pays non soumis à la domination française est un droit étranger, et il est de principe que la violation d'une loi étrangère, émanât-elle d'un juge français appelé exceptionnellement à statuer sur des actes ou des intérêts étrangers, ne saurait donner ouverture à cassation. Mais le droit musulman en tant qu'il est appliqué en Algérie ou dans l'Inde française aux sujets français se trouve *assimilé au droit français* proprement dit, en vertu des lois, décrets ou arrêtés compétemment pris qui ont proclamé que les indigènes continueraient à être régis par le droit de leurs castes. Violer le droit de ces castes serait violer par là même les lois ou décrets qui ont ordonné de l'appliquer exactement. C'est pourquoi la pratique constante de la cour de cassation

est d'examiner au fond, soit pour les repousser, soit pour les admettre s'il y a lieu, les moyens fondés sur une violation prétendue du droit spécial des indigènes de nos colonies d'Afrique ou d'Hindoustan. » *Idem*, 6 juin 1866, D., 1866, 1, 295 ; 8 déc. 1868, S., 1869, 1, 289 ; 25 mars 1873, D., 1873, 1, 251 ; 12 nov. 1878, S., 1879, 1, 107.

Sans doute des textes sont venus limiter depuis l'ordonnance du 26 septembre 1842 (art. 53), en ce qui concerne les décisions rendues en Algérie par les juges de paix indigènes (*cadis*) le droit de revision de la cour de cassation, en le restreignant aux seuls vices d'incompétence et d'excès de pouvoir : décrets des 31 décembre 1859 (art. 37), 13 décembre 1866 (art. 37), 10 septembre 1886 (art. 50), 17 avril 1889 (art. 50). *Rej.*, 3 juillet 1893, S., 1895, 1, 118, et le rapport de M. le conseiller Babinet. Ces décrets sont spéciaux à l'Algérie et à la juridiction des *cadis* ; en matière coloniale il ne faut pas étendre les dispositions à des hypothèses qu'elles ne prévoient pas — V. pour Madagascar : décret du 24 novembre 1898, art. 22. Cette limitation de la possibilité de déférer à la cour de cassation les décisions des juges de paix indigènes ne doit pas nous sembler extraordinaire. Pour les juges de paix français le recours en cassation est aussi limité au vice d'excès de pouvoir : loi du 25 mai 1838, art. 15.

Donc si la contestation qui doit se résoudre par interprétation du droit indigène est portée devant un juge autre que le *cadi* ou le juge malgache, la décision ne sera pas

souveraine, mais au contraire soumise au contrôle de la cour de cassation. Nos tribunaux ont reçu l'ordre formel d'appliquer aux indigènes leurs lois et coutumes. Le jugement qui interprète mal ces législations porte atteinte à la loi française et doit être censuré par la cour de cassation.

Malgré les textes qui prescrivent l'application de ces lois indigènes, la cour n'hésite cependant plus à refuser de contrôler l'interprétation donnée par les juridictions françaises; elle fait parfois valoir des arguments, bons peut-être en législation, mais qui ne devraient pas prévaloir contre les textes formels.

En cette matière trouverait-on, dans l'extension abusive des textes restreignant la possibilité du pourvoi en cassation contre les décisions des juridictions indigènes, l'explication du changement de doctrine que montrent les arrêts ?

SECTION IX. — Nouvelle jurisprudence.

Un arrêt du 20 janvier 1896, S., 1897, 4, 33, déclare que la cour de cassation n'a pas à contrôler l'application des lois et coutumes de l'archipel de Tahiti, et ce, alors que l'application de cette loi locale était commandée par un texte français l'ordonnance du 28 avril 1843, et le décret du 14 janvier 1860.

M. G. Appert qui commente l'arrêt précité estime qu'il est difficile à concilier avec la jurisprudence établie généralement en matière d'erreur sur la législation étrangère. En même temps qu'il approuve cette doctrine qu'il

déclare conforme aux exigences de la raison et aux nécessités pratiques, M. Appert rappelle la constatation que M. Pillet faisait sous Cass., 2 août 1893, S., 1895, 1, 449, en note : « Nous ne prétendons pas que la cour abandonne son principe, mais, au moins, nous semble-t-il plus important aujourd'hui que jamais, qu'elle ne renonce pas à la sage restriction par laquelle elle en a dès l'origine tempéré l'effet ». En note de l'arrêt du 5 juillet 1899, S., 1900, 1, 281, arrêt qui porte : « attendu que statuant en matière indigène, et ayant par suite, à constater les règles de droit annamite applicables à la cause, la cour de Saïgon déclare souverainement... », M. Appert se félicite de ce que la cour de cassation ne cède pas au courant récent qui s'est formé dans la doctrine pour soutenir que la violation des lois indigènes devait ouvrir le recours en cassation.

Cette attitude rétrograde de la cour de cassation est en effet nouvelle. Lorsqu'un texte formel français prescrit aux juges d'appliquer la loi étrangère (art. 17, 19, 47, 170, 999 du code civil, etc.), la violation de la loi étrangère ne peut que produire une contravention à la loi française. M. Pillet, dans la note précitée, après la constatation du changement de jurisprudence, ajoutait : « On peut du moins prévoir qu'un moment viendra où, entraînée par la force de la logique, et désabusée sur le compte des différences qu'elle croit apercevoir entre les deux séries d'hypothèses que nous avons comparées, notre

cour suprême sera fatalement conduite à démolir, pièce à pièce, l'édifice laborieux qu'elle avait construit. »

Cette prévision de M. Pillet nous semble bien en effet s'être réalisée, et, dans les arrêts les plus récents, nous ne trouvons plus cette fameuse restriction par laquelle la cour de cassation se déclarait compétente au cas de violation de la loi étrangère, source de contravention expresse à la loi française. La cour assimile maintenant les deux cas qu'elle distinguait, et, que l'application de la loi étrangère soit expressément ou implicitement ordonnée par nos lois, elle refuse de s'occuper de l'interprétation des textes étrangers, prétendant qu'il n'y a là qu'une question de fait ou un mal jugé qui ne saurait donner ouverture à cassation.

La lecture des arrêts intervenus sur la question de la saine interprétation de la loi étrangère, montre très nettement l'évolution qui s'est insensiblement produite dans la jurisprudence. Nous avons déjà indiqué et nous dirons dans le chapitre suivant que, dans le cas où la loi étrangère n'est pas appliquée en vertu d'un ordre formel de nos lois, la cour estime que l'erreur sur l'interprétation de la loi étrangère n'est pas cause d'une contravention expresse à la loi française : les arrêts le répètent à l'envie.

Ce refus de sanctionner l'erreur sur le sens de la loi étrangère dans un cas a été étendu au cas voisin par la transition naturelle, qui, dans l'hypothèse où depuis toujours la cour se déclarait incompétente, a consisté à supprimer la déclaration inutile en l'espèce. Puis cette

déclaration disparue dans un cas a été peu à peu effacée dans le cas où l'application du droit étranger était expressément ordonnée. La cour reconnaissait en en même temps que des situations étaient régies par la loi étrangère, même en l'absence d'un texte français formel. Le principe qui commande en France l'application du droit étranger étant reconnu le même, la décision fut identique ; pourquoi la cour aurait elle maintenu cette distinction relativement à la fausse interprétation du droit étranger ?

11 novembre 1885, S., 1889, 1, 69 ; 18 mai 1886, S., 1886, 1, 243 ; 29 avril 1885, S., 1886, 1, 118 ; 26 février 1890, S., 1893, 1, 126, ; 12 février 1895, D., 1896, 1, 377 ; 21 novembre 1893, S., 1896, 1, 13 ; 20 janvier 1896, S., 1897, 1, 33 ; 17 janvier 1899, S., 1899, 1, 177 ; 2 août 1897, S., 1900, 1, 283 ; 5 juillet 1899, S., 1900, 1, 281 ; 15 juin 1899, S., 1901, 1, 303 ; 26 mai 1897, S., 1901, 1, 511 ; 18 juillet 1904, S., 1905, 1, 182 ; 23 juillet 1901, S., 1906, 1, 482 ; 18 mars 1907, S., 1907, 1, 344.

Aujourd'hui donc la cour de cassation renonce à la distinction qu'elle avait elle-même établie : elle s'occupe moins du point de savoir de quelle manière est ordonnée l'application du droit étranger. Elle reconnaît de plus en plus aux magistrats des cours d'appel et tribunaux le droit d'interpréter souverainement les textes étrangers qu'ils appliquent aux litiges dont ces juridictions sont appelées à fournir la solution.

CHAPITRE II

L'APPLICATION DE LA LOI ÉTRANGÈRE VIOLÉE N'EST PAS ORDONNÉE FORMELLEMENT PAR UN TEXTE FRANÇAIS.

Ainsi que nous l'avons vu au cours de notre étude, les textes français qui donnent expressément et directement l'ordre au juge de faire application d'une loi étrangère sont assez rares. Si nous n'en avons pas donné toute la liste, du moins nous avons parlé des principaux et des plus souvent cités et appliqués. Nous savons qu'en dehors de ces textes, notre code civil et nos lois, avec l'interprétation qu'ils recoivent de la jurisprudence, appellent très fréquemment la loi étrangère à fournir la solution d'une difficulté portée devant nos tribunaux.

SECTION I. — Etat et capacité.

L'article 3 du code civil n'exige des étrangers résidant en France que leur soumission aux lois de police et de sûreté et aux lois concernant le régime de la propriété immobilière.

La cour de cassation intervient pour sanctionner les

décisions qui, par oubli de principe, ont appliqué à un étranger les dispositions du statut personnel français, ou ont refusé de reconnaître, en France, les effets de situations juridiques établies en conformité de lois étrangères.

La cour après qu'elle a admis en France l'autorité des lois étrangères, même lorsque l'autorité de cette loi n'est pas expressément reconnue par un texte, refuse de façon formelle de sanctionner de cassation l'erreur que les juridictions inférieures ont pu commettre en interprétant la loi étrangère. La fameuse restriction dont nous nous sommes occupés dans le chapitre précédent, n'a pas lieu d'être appliquée ici : comme la loi française ne prescrit pas formellement la référence à la loi étrangère, il n'y a pas, selon les termes des arrêts, une violation de la loi étrangère qui soit une *source de contravention expresse à la loi française*; aussi la cour refuse-t-elle de frapper de cassation les décisions entreprises. Nous trouvons ici aussi des arrêts contraires qui confirment encore l'indécision de la cour suprême et son manque de logique. Toutefois il est certain en notre hypothèse que, d'après sa théorie dominante, notre cour laisse aux juridictions de jugement le soin d'interpréter les dispositions des lois étrangères. Nous avons dit et nous espérons avoir montré que cette théorie avait même été peu à peu généralisée et que l'unité de jurisprudence s'était faite, qu'en toute hypothèse, ordre formel ou non de la loi française en prescrivant l'application, la cour refusait de s'occuper des erreurs commises dans l'interprétation du droit étranger.

On peut donc résumer ainsi le système de la cour : la loi étrangère a été appliquée à la solution du litige, cette loi devait en effet régir le rapport de droit préexistant ; et la cour se reconnaît compétente pour vérifier si la loi française n'aurait pas été appliquée à tort. Mais du moment que la décision rendue se réfère à la loi étrangère, que le tribunal ou la cour d'appel ont fait application de cette loi étrangère, cela suffit ; si, par hypothèse, il avait été commis une erreur dans l'interprétation de la dite loi étrangère, cette erreur constitue une erreur de fait, un mal jugé ; en tous cas, sur ce point, la décision est souveraine et comme telle soustraite au contrôle de la cour de cassation. Tel est le principe, et il est répété dans une foule d'arrêts ; sans doute, dans les plus anciens, on trouve la déclaration dans laquelle la cour semble s'excuser de la règle qu'elle applique, disant qu'au cas où il y aurait violation corrélatrice de la loi française, elle interviendrait ; mais, nous l'avons vu, cette restriction a peu à peu disparu et surtout elle était plus particulièrement formulée dans des hypothèses où elle n'avait pas à recevoir d'application.

La cour de cassation donne ses raisons pour décliner le soin de contrôler la saine interprétation du droit étranger, mais, le plus souvent, elle ne fait que répéter : les décisions entreprises sont sur ce point souveraines.

« Attendu que l'arrêt attaqué déclare, d'ailleurs, qu'il est certain qu'aujourd'hui la loi espagnole ne reconnaît le titre de grandesse ou autres qu'autant qu'il a été confirmé

par l'autorité souveraine, et que cette décision fondée sur l'appréciation des lois d'un pays étranger ne pouvait donner ouverture à cassation qu'autant qu'elle serait en opposition avec les lois de France, ce qui n'existe pas dans la cause... » 15 juin 1863. Civ. rej., D., 1863, 1, 313. Cet arrêt contient les trois déclarations dont nous avons parlé : 1^o déclaration que, pour apprécier si une personne a droit à la qualité de Grand d'Espagne, il faut se référer à la loi espagnole ; 2^o déclaration que la décision de la cour d'appel et l'interprétation par elle donnée de la loi espagnole, ne portent aucune atteinte à la loi française, et, que, dans le cas contraire, il y aurait lieu à cassation ; 3^o déclaration enfin que ce dernier principe n'a pas à recevoir d'application en l'espèce. *Id.*, 25 mai 1868, S., 1868, 1, 365.

SECTION II. — Lois relatives aux biens.

Le procédé de la cour est le même ici encore : « Attendu qu'en supposant que le principe de la disposition de l'art. 3 du code civil d'après laquelle les immeubles, même ceux possédés par des étrangers sont régis par la loi française, pût être étendu par analogie à des immeubles situés hors du territoire français et appartenant à des français, de telle sorte qu'on pût admettre l'existence de deux successions du même individu, soumises à des règles de disponibilité différentes, ce serait la loi étrangère qui aurait été violée par la cour .. Attendu que l'erreur de droit sur une législation étrangère a eu pour conséquence le respect de

la loi française.... Attendu enfin que l'erreur de droit sur une législation étrangère qui est reprochée à l'arrêt, n'est pas devenue, dans l'espèce, le principe et la source d'une contravention aux lois françaises et que, dès lors, aucune loi française n'a été violée, rejette ». 28 avril 1836, S., 1836, 1, 749.

Dans cet arrêt, la cour se prononce d'abord sur la question de la loi applicable aux immeubles, elle semble douter qu'il y ait lieu de suivre la *lex rei sitæ* ; elle déclare qu'au surplus, s'il y avait erreur dans la décision de la cour d'appel, ce serait une erreur sur l'application de la loi anglaise ; c'est vrai, mais c'est, en même temps, une erreur sur l'application de la loi française. La cour après cette affirmation, passe à un tout autre ordre d'idées, lorsqu'elle dit qu'il peut y avoir, en effet, une erreur sur le sens de la loi étrangère. Nous trouvons dans ce dernier membre de phrase une confusion entre la non-application ou fausse application de la loi étrangère et son interprétation erronée.

La question de l'application de la loi étrangère paraît douteuse à la cour, et elle ne répond pas d'une façon ferme, disant qu'il pourrait se faire que la cour d'appel ait violé la loi étrangère, mais qu'en ce cas il n'y aurait pas lieu à cassation puisque la violation de la loi étrangère n'aurait pas eu de répercussion sur la loi française.

On trouve souvent de ces confusions dans les arrêts ; nous ne les croyons pas volontaires, mais elles pourraient faire penser que nos magistrats ne voient pas tout l'inté-

rêt que présente la distinction entre l'application et la saine interprétation du droit étranger. Ces arrêts embarrassent fort le commentateur, car leur laconisme est tel que l'interprète ne peut analyser avec certitude le principe dont la cour a entendu faire application. En tous cas, il est certain que la distinction des biens en meubles et immeubles en droit international n'est pas réglementée par un texte, et que, en cette matière, si les juges appliquent de façon vicieuse la loi étrangère, il n'y a pas d'atteinte portée à un texte de loi positive; donc conformément à son affirmation la plus fréquemment répétée, la cour de cassation refuse d'examiner le pourvoi.

Nous avons étudié plus haut le contrôle que la cour de cassation exerce sur les décisions qui ont écarté l'application du droit étranger, alors que c'est ce droit qui, d'après la théorie de droit international admise par la cour, aurait dû donner la solution de la difficulté; nous avons vu que la Cour exigeait la référence à la loi compétente. Mais nous avons déjà fait entrevoir que cette reconnaissance de l'autorité du droit étranger était en fait annihilée par la théorie professée par les mêmes magistrats sur la question de la juste interprétation de la loi étrangère. Les arrêts abondent, qui répètent cette doctrine d'application si aisée qu'elle tend à devenir la théorie générale de la cour sur la saine interprétation du droit étranger. 9 nov. 1868, S., 1869, 1, 122; 4 juin 1872, S., 1872, 1, 160; 12 nov. 1872, D., 1874, 1, 168; 29 avril 1885, S., 1886, 1, 118; 18 mai 1886, S., 1886,

1, 243 ; 12 fév. 1895, S., 1896, 1, 401 ; 17 janv. 1899, S., 1899, 1, 177.

Le principe semble donc bien établi, et, au cas où la loi française ne contient pas de texte prescrivant en la matière une référence à la loi étrangère, la cour refuse de contrôler l'interprétation de cette loi. Mais nous l'avons dit et nous le répétons, les variations de la jurisprudence sont fréquentes et nous trouvons, en cette hypothèse, des arrêts qui ont assuré à la loi étrangère les garanties de saine interprétation reconnues à la loi française.

SECTION III. — Loi d'un pays annexé.

« En principe, le respect de la loi ancienne d'un pays annexé s'impose d'office aux tribunaux français, lorsqu'il s'agit de faits accomplis et d'intérêts nés avant l'annexion », proposition que l'on ne songe pas à récuser, mais il n'y a pas de texte législatif la consacrant ; on ne trouve de textes que pour certains cas particuliers d'annexion.

Lorsque la cour de cassation a décidé que les droits acquis à des légataires, à Nice, en 1858, en vertu d'un testament de 1850, devaient être appréciés selon la loi sarde, loi des parties, il semble qu'elle devait, étant donné sa doctrine, au cas de fausse interprétation de la loi étrangère dont l'application n'est pas formellement ordonnée par un texte français, refuser de s'occuper de la question de savoir si la dite loi sarde avait été bien ou mal interprétée. Telle aurait été la logique, mais ce n'est pas à nous de nous plaindre si le défaut de

logique de la cour a eu l'heureux résultat de lui faire abandonner une théorie qui nous paraît erronée. « Attendu que l'arrêt, après avoir vérifié l'intention du testateur, ne pouvait donc refuser de donner la sanction judiciaire à un testament qui, dans toutes ses dispositions, soit par la condition à laquelle il subordonnait le maintien des legs, soit par le rôle qu'il attribuait à la mère, n'a rien prescrit qui ne fût conforme à l'esprit et au texte des articles... du code civil sarde. » 22 janvier 1883, S., 1884, 1, 25.

SECTION IV. — Décisions inconciliables avec le principe.

I. — Par un acte du bey de Tunis, un Français avait obtenu la concession d'un vaste domaine. Un procès fut soulevé en France sur le point de savoir si le concessionnaire avait eu le droit de faire apport de son domaine à une société chargée de l'exploitation. Il fallait donc étudier les effets juridiques du décret de concession pour décider si l'apport en société avait été possible. La cour d'appel d'Aix commit l'erreur de considérer l'acte de concession comme un véritable contrat synallagmatique entre le concessionnaire, M. de Sancy, et le bey, contrat qui permettait de mettre en société toute la concession. La cour de cassation fut saisie, mais, au défendeur qui, devant la chambre civile, invoquait la jurisprudence de la cour sur l'interprétation de la loi étrangère, on répondit : sans doute cette règle existe bien, mais elle n'est applicable qu'autant que la violation de la loi étrangère ne devient pas la source d'une contravention à la loi française.

Dans cette affaire, quel grief la décision d'Aix faisait-elle à la loi française ? Elle aurait, disait-on, violé certains articles du code civil relatifs au contrat de société ; mais il est facile de se rendre compte, à la lecture du titre neuvième du livre III du code civil, qu'aucun de ces articles ne dit que le juge doit appliquer les lois et décrets étrangers sur la matière. On ne peut même faire dire au texte qu'implicitement il oblige le juge à puiser sa solution dans le droit étranger. Le titre du code civil qui traite du contrat de société, ne s'occupe en aucune façon de droit international ; ce n'est pas un article de ce texte qui enjoignait en l'espèce d'appliquer et d'interpréter le décret beylical. Les immeubles situés en France, même ceux possédés par les étrangers, sont régis par la loi française ; le sens de cet article 3 est que, réciproquement et par application de la même règle à l'étranger, l'immeuble est soumis à la loi territoriale. Le territoire de la régence de Tunis est régi par le droit tunisien : la disponibilité d'une terre tunisienne, même appartenant à un français doit être appréciée d'après cette législation. Mais, en l'espèce, le droit tunisien ne reconnaissait pas au concessionnaire la faculté d'aliéner ce bien dont il avait été personnellement gratifié. C'était donc le décret tunisien qui était méconnu, mal interprété, et non pas la loi française, laquelle ne devenait applicable qu'une fois le premier point élucidé. Si la propriété du concessionnaire eût été, en droit tunisien, assez absolue pour lui permettre d'apporter ses terres en société, la loi française sur les socié-

tés eût pu être alors appliquée ; mais ce n'était pas la loi française qui était compétente pour déterminer si le bien était ou non dans le commerce.

L'interprétation erronée du droit tunisien est en l'espèce le vrai motif de la cassation. La violation du droit français invoquée par le demandeur n'avait peut-être pour but que d'éviter de porter la vraie question devant la cour, sa théorie étant trop connue. Cass., 18 juillet 1876, D., 1876, 1, 497.

La cassation serait pareillement encourue si une cour prononçait le divorce entre deux époux dont la loi nationale ne reconnaît pas ce mode de dissolution du mariage. Avec la méthode du pourvoi étudié ci-dessus, on pourrait, au lieu de porter directement la question de capacité devant la cour, arguer d'une violation des articles du code civil, relatifs au divorce, et, par ce subterfuge, masquer la vraie position du débat. 12 février 1895, S., 1896, 1, 401.

II. — C'est un procédé semblable que la cour a employé pour prononcer la cassation de l'arrêt de Bordeaux intervenu dans la fameuse affaire Forgo. Dans ce procès, où nos juges ont consacré de façon formelle la théorie de l'acceptation du renvoi, la cassation fut encourue pour violation du droit bavarois. La cour d'appel, statuant sur la vocation héréditaire des parents naturels collatéraux, avait jugé que leurs droits dépendaient de la loi bavaroise, vu la nationalité du *de cujus*, celle des ayants droit, la nature mobilière de l'hérédité, l'absence

de domicile légal en France. Mais en reconnaissant l'application du droit bavarois, application qui d'ailleurs n'est pas prescrite par un texte formel, les juges avaient appliqué le droit bavarois dans ses dispositions au cas de litige purement local et bavarois. Les nations germaniques n'ont pas la même conception que les nations latines, et surtout que la France, du lien établi entre elles et leurs nationaux : en outre, elles ne connaissent pas la différence que nous établissons entre le domicile et la résidence. La loi bavaroise décide que les questions de capacité, de vocation héréditaire doivent se résoudre d'après la loi du domicile.

En l'espèce, si l'on acceptait ce renvoi, c'était la loi française qui devenait applicable, et les collatéraux naturels étaient privés de la succession (art. 766 et 768 du code civil). La cour de cassation a jugé que le droit bavarois avait été mal interprété, et qu'il y avait lieu d'en suivre toutes les prescriptions, même les règles de conflit : aussi a-t-elle déclaré que l'on devait écarter les collatéraux naturels et par acceptation du renvoi attribuer l'hérédité entière comme vacante et sans maître à l'administration des domaines (art. 713 du code civil).

L'arrêt du 24 juin 1878, D., 1879, 1, 56, porte : « que les consorts Ditchl sont sans titre et sans qualité pour réclamer les valeurs mobilières qui font l'objet du litige, et qu'en décidant le contraire, l'arrêt attaqué a faussement appliqué les lois bavaroises et violé l'article 768 du code civil... » Cet attendu est au moins mal rédigé en ce qu'il

parle d'une fausse application de la loi bavaroise : c'est une fausse interprétation qu'il faudrait dire ; en effet, les juges d'appel ont appliqué la loi bavaroise ; mais l'interprétation qu'ils en ont donnée, et qui, si la cour s'en tenait à sa théorie, devrait être souveraine, était peut-être erronée. C'est par application du droit bavarois que la cour de cassation veut que le droit français décide de la vocation héréditaire : il y a donc bien lieu d'appliquer ce droit bavarois. Le renvoi accepté donne compétence au code civil, ce n'est donc qu'après qu'il a été décidé de l'application du droit bavarois et de son interprétation que le droit français devient applicable. C'est donc pour violation du droit bavarois que la cassation a été prononcée.

Il est permis de se demander si le fait, que de la décision à intervenir la succession devait rester acquise à l'Etat français, n'a pas eu une certaine influence sur la cour. Que serait-il arrivé si l'interprétation du droit bavarois ne favorisait pas ainsi l'intérêt français ? Et n'a-t-on pas entendu M. l'avocat général Reverchon, après l'exposé de la théorie de la cour de cassation, faire cette déclaration d'une logique inflexible : « Le législateur étranger qui s'approprie une loi française fait de celle-ci, en ce qui le concerne, une loi étrangère, et lorsque le juge, même français, appelé à appliquer la loi étrangère se trompe sur le sens de la loi française accidentellement devenue étrangère, il ne fait que violer ou faussement appliquer

la loi étrangère : votre contrôle n'aurait plus sa raison d'être ou du moins n'aurait qu'une raison d'être trop indirecte et trop éloignée pour qu'il doive s'exercer. »
23 fév. 1874, S., 1874, 1, 145.

CHAPITRE III

JURISPRUDENCE ÉTRANGÈRE SUR L'APPLICATION DES LOIS D'UN AUTRE PAYS.

Il est assez difficile en cette matière de puiser des renseignements dans la jurisprudence étrangère. Chaque pays possède en effet une organisation judiciaire originale qui ne peut pas servir toujours de point de comparaison avec la nôtre. Cependant, dans les pays dont les lois sont inspirées des nôtres, ou dont les lois ressemblent le plus aux nôtres, on peut voir que les cours suprêmes remplissant à peu près le rôle de notre cour de cassation inclinent à adopter la même théorie.

Nous ne pouvons pas nous occuper ici des théories de droit international reçues et sanctionnées dans ces pays. La souveraineté de chaque Etat et sa conception particulière de ses intérêts nationaux lui constituent un ordre public différent du nôtre; en conséquence, les lois des autres Etats seront vues avec plus ou moins de défaveur et seront appliquées ou rejetées par les décisions des magistrats locaux, souverains juges de par la loi qui les institue des droits et intérêts de leur Etat.

Nous ne pouvons que constater les différences qui séparent les peuples civilisés : ceux qui suivent les théories juridiques des peuples latins et ceux qui se rattachent aux conceptions des anglo-saxons.

La communauté de droit international existe en ce sens que les Etats se reconnaissent obligés d'admettre réciproquement sur leur territoire l'application des lois étrangères ; mais elle n'existe pas absolument car l'accord n'est pas réalisé sur tous les principes. Des Etats considèrent encore trop leur souveraineté comme un lien entre l'Etat et son territoire, alors que d'autres y voient un lien entre l'Etat et ses nationaux.

Nous devons donc nous borner à l'examen de ce que décident les juridictions suprêmes de l'étranger, lorsque devant elles est posée la question de la fausse interprétation de la loi d'un autre pays. Sur ce point, presque unanimement les cours suprêmes étrangères ont des théories analogues à celles de notre cour de cassation ; nous les indiquerons brièvement.

SECTION I. — Pas de cassation en principe.

Le principe le plus souvent répété, est celui qui consiste à dire que l'interprétation de la loi étrangère est faite souverainement par les juridictions inférieures. Lorsqu'un tribunal a fait application de la loi d'un autre pays, il s'est ou ne s'est pas conformé à son droit local, et cette première partie de sa décision est sujette à critique ; mais si, ayant par hypothèse à statuer d'après

la loi étrangère, il l'a appliquée, aucun recours n'est admis au cas d'erreur d'interprétation.

Allemagne. — Reichsgericht, 6 mai 1892, Clunet, 1893, 422 ; *id.*, 15 mai 1899, Clunet, 1900, 376.

On ne peut se pourvoir devant le Reichsgericht pour fausse interprétation d'une loi étrangère : 1^{er} mars 1901, Clunet, 1903, 189.

« Par conséquent, le pourvoi le reconnaît aussi, il n'est pas douteux que c'est en vertu du droit français, par suite, d'une législation échappant à l'examen du tribunal, qu'il y a eu une confiscation légale des biens des chartreux ». 29 mai 1908, S., 1909, 4, 23.

Autriche. — Les tribunaux autrichiens ont toute liberté pour interpréter une loi étrangère applicable à la contestation dont ils sont saisis. Cour suprême, 4 déc. 1906, Clunet, 1908, 866.

Belgique. — 22 septembre 1896, Clunet, 1897, 845 ; 16 mai 1889, *id.*, 1889, 890.

Bavière — Oberlandgericht, 2 nov. 1889, Clunet, 1891, 250.

Grèce. — Aréopage, Clunet, 1898, 966.

Italie. — Cassation de Turin, 28 avril 1893, Clunet, 1897, 1075.

Pays-Bas. — La violation d'une loi étrangère ne donne pas ouverture à cassation, Clunet, 1897, 205, et 1902, 177.

Suisse. — Tribunal fédéral, 17 septembre 1892, Clunet, 1893, 247 ; 17 mars 1893, Clunet, 1893, 638.

**SECTION II. — Déclarations favorables à la saine interprétation
du droit étranger au cas de texte national prescrivant
formellement l'application du dit droit étranger.**

De même que nombre d'arrêts de la cour de cassation française semblaient réserver la recevabilité du pourvoi au cas où l'application de la loi étrangère est ordonnée formellement par un texte français, de même aussi les cours suprêmes de l'étranger font des déclarations analogues et les sanctionnent parfois. On relève d'ailleurs dans les arrêts étrangers l'emploi des procédés que nous avons montrés en étudiant la jurisprudence française sur la question. A l'étranger aussi, la doctrine des arrêts ne paraît pas très fixée car les contradictions ne manquent pas.

Belgique. — « Attendu que la violation de la loi étrangère ne peut, pas plus que celle d'une maxime juridique, donner ouverture à cassation, sauf dans le cas où elle entraîne une contravention à la loi belge. » 4 juin 1894, Cass. rejet, S., 1893, 4, 9, et la note de M. Pillet ; 26 nov. 1908, Clunet, 1909, 1178.

Italie. — « Attendu que les demandeurs ayant invoqué la fausse interprétation de l'article 92 du « Canun Edula » (loi tunisienne), les défendeurs ont opposé une exception préjudicielle, en prétendant que ce moyen ne pouvait être proposé, la cour de cassation n'ayant pas compétence pour rechercher si l'interprétation donnée par les tribunaux du royaume à une loi étrangère est vraie

ou fausse ; — Attendu que cette exception invoquée avec juste raison dans les hypothèses ordinaires, ne saurait être accueillie lorsqu'une disposition expresse de notre loi prescrit l'application des lois étrangères, parce que, par cette disposition expresse, les lois étrangères acquièrent dans ce cas une autorité égale aux lois du royaume, et dès lors doivent comme celles-ci, lorsqu'elles ont été violées par les juges, être soumises à tous les recours légaux établis par notre code de procédure civile pour obtenir la réformation des sentences. » Cass. de Florence, 25 avril 1881, S., 1884, 4, 21 ; Rejet, Cass., Turin, 26 mars 1904, S. 1907, 4, 15 ; Id., Cass. Naples, 26 janvier 1897, Clunet, 1899, 414.

Monaco. — « La violation d'une loi étrangère ne peut donner ouverture à révision, à moins qu'elle ne devienne la source d'une contravention à la loi monégasque. » Ordonnance princière, Clunet. 1895, 669.

SECTION III — Cassation possible même en l'absence d'un texte formel prescrivant l'application de la loi étrangère.

Russie. — Sénat dirigeant, 10 avril 1896, Clunet, 1897, 206 : « Le Sénat dirigeant a le droit de reviser les fausses interprétations des lois étrangères données par les tribunaux inférieurs. Il en est ainsi notamment des textes de lois françaises ». Cette décision est la seule que nous ayons trouvée dans les juridictions de l'étranger, consacrant la théorie qui ne voit pas dans la loi étrangère un simple fait du procès, mais qui reconnaît au contraire

à la loi la même autorité en tous pays, et cela même alors que la loi locale ne prescrit pas formellement de suivre le droit étranger. Cet arrêt est malheureusement isolé ; de plus, rendu en Russie sur l'interprétation de la loi française, on peut craindre que les relations entre ces deux pays plus que le souci d'une bonne justice aient conduit le Sénat dirigeant de Russie à abandonner une doctrine si universellement adoptée.

DEUXIÈME PARTIE

CRITIQUE DE LA JURISPRUDENCE • ET DE LA DOCTRINE

L'exposé de la jurisprudence nous a montré que la théorie de la cour de cassation était extrêmement confuse, les contradictions nombreuses et inexplicables. Les arrêts semblent inspirés beaucoup plus par des considérations de fait, que par l'idée supérieure d'assurer une justice exacte en ses principes et ses conséquences pratiques.

Que voyons-nous en effet dans les arrêts de notre cour suprême et de nombre de cours étrangères ? On peut résumer ainsi le système : la législation française admet qu'en France le juge doit parfois appliquer une loi étrangère et lorsque la décision est fondée sur la loi étrangère compétente, la cour de cassation refuse de contrôler si la loi étrangère, justement appliquée, n'aurait pas été mal interprétée.

La cour fait une distinction très nette entre le *non-application* de la loi étrangère et sa *violation*. Nous nous efforcerons de montrer que cette distinction est simplement captieuse et que l'on ne saurait s'y arrêter avec juste raison.

Très souvent, en outre, les arrêts, pour justifier leur refus d'examiner le sens donné à la loi étrangère, prétendent tirer argument du mode plus ou moins *exprès* dont la référence au droit étranger est ordonnée par nos lois. Cette question de pure forme peut bien, en effet, présenter un certain intérêt pour le citoyen qui cherche dans la lecture des dispositions de la loi la solution d'une difficulté spéciale ; mais devrait-elle influencer les juriscultes et les magistrats de notre cour suprême ?

La jurisprudence considère la loi étrangère comme un *fait* du procès que les parties doivent prouver et établir ainsi que les autres faits et circonstances de la cause ; la cour après ces prémisses tire cette conséquence logique que ce fait échappe aussi à son contrôle. La question est précisément de savoir si le droit étranger est un pur fait ; peut-on dire que la loi française lorsqu'elle s'efface devant la loi étrangère transforme cette législation en une série de propositions dont l'existence et l'interprétation peuvent dépendre de la négligence des justiciables ou de la fantaisie des magistrats ? La loi étrangère ne serait-elle pas au contraire, du fait de son application en France, loi française et n'aurait-elle pas à ce titre part aux garanties d'interprétation qui sont établies pour la loi française ?

La cour, dans les arrêts contradictoires qu'elle a rendus sur cette question, a adopté et rejeté toutes les théories concevables. Nous avons regretté que la restriction favorable au droit étranger, longtemps insérée dans les arrêts, ait peu à peu disparu. L'unification de la jurisprudence

devait se faire, mais nous estimons que cette unification se réalise par l'adoption d'une doctrine erronée et contraire aux principes du droit international.

Enfin le système du contrôle de la loi étrangère par notre cour suprême, système que la doctrine adopte en général, serait-il en opposition avec les pouvoirs de notre cour, le but de son institution et les textes qui réglementent son fonctionnement ? Nous pensons qu'il est loin d'en être ainsi ; que la législation positive ne porte aucun obstacle à l'exercice du droit de contrôle que nous reconnaissons à la cour de cassation. Il nous semble que la cour restreint sa mission régulatrice contrairement aux fins qui lui ont été assignées et qu'elle devrait logiquement réaliser.

CHAPITRE PREMIER

LA VIOLATION DE LA LOI ÉTRANGÈRE EST UNE NON-APPLICATION DE CETTE LOI.

La cour de cassation reconnaît que le juge français doit souvent appliquer la loi étrangère ; qu'il l'applique donc, dit-elle, et sa décision sera parfaite ; peu m'importe l'erreur d'interprétation qui a pu être commise sur le sens et la portée de cette loi étrangère. Cette erreur n'aurait-elle aucune importance ? Nous croyons qu'il n'en est pas ainsi. La cour se contente d'une vaine affirmation, qui, par ses conséquences, peut mettre à néant et rendre inutile l'effort qu'elle a fait pour déterminer la loi compétente.

Est-il raisonnable de tenir ce langage et de dire : jugez selon le droit de telle nation, sinon vous portez atteinte au droit français ; mais vous étant référés à cette loi que je vous indique, votre décision sera souveraine. Il suffit, alors, aux juges de déclarer appliquer la loi, que les textes français ou les principes du droit international admis par la cour de cassation reconnaissent compétente, pour que leur décision échappe au contrôle de la cour suprême.

Quelle situation serait donc celle de notre plus haute juridiction et peut-on admettre qu'elle soit telle ? Dans la pratique il arriverait que tribunaux et cours d'appel, statuant en matière internationale, auraient à tort appliqué la loi française ou telle autre loi ; leur décision soumise comme question de droit au contrôle de la cour de cassation serait cassée, et l'affaire renvoyée devant une autre juridiction. Cette juridiction de renvoi, qui, par hypothèse, appliquerait alors la loi étrangère compétente d'après la cour de cassation, pourrait donner à la loi compétente un sens identique au sens de la loi appliquée à tort. Ainsi la cour devrait s'incliner, car il y aurait dans cette seconde décision une déclaration souveraine du sens et de la portée de la loi étrangère. Il serait vraiment trop facile aux cours d'appel d'éluder par ce procédé l'obligation, que reconnaît la cour suprême, de régler le différend d'après la loi étrangère. A moins de supposer que la cour de cassation ait annulé la première décision par pur dilettantisme, il faut croire que la disposition dont elle aurait voulu l'application n'était précisément pas celle qui était appliquée. Nous estimons qu'il serait absolument ridicule de voir la cour de cassation forcée d'approuver ce qu'elle avait auparavant condamné dans la même affaire. Comprendrait-on que la cour suprême prit le soin, très souvent fort délicat, d'examiner si la loi appliquée était vraiment compétente et de casser la décision, le cas échéant, pour déclarer quelques mois après, lorsque, le renvoi jugé, la décision intervenue sur le ren-

voilà lui serait soumise : sans doute, le dispositif de l'arrêt est resté le même, mais aujourd'hui le droit appliqué est le droit compétent et la décision souveraine ? Il nous semble inutile d'insister davantage sur ce point ; mais nous ne pouvons croire que, lorsqu'il est reconnu que c'est une loi étrangère qui doit être appliquée, on fasse sous le couvert de cette loi étrangère emploi de dispositions qui n'ont jamais été inscrites dans les codes de l'étranger. Si les arrêts de cassation avaient ce sens, nous avouons que le travail de notre cour régulatrice ne servirait absolument à rien. Mais l'incohérence de ce système nous est un sûr garant qu'il ne peut être accepté.

Lors donc que c'est le droit étranger qui doit régler une difficulté, c'est le véritable droit étranger qui doit être appliqué et non une législation plus ou moins réelle imaginée par les magistrats. M. A. Colin, dans le *Journal de Droit International Privé*, montre d'une façon saisissante la bizarrerie du système de la cour de cassation : « Renversons la situation, dit-il, pour la mieux faire comprendre. Le code civil italien, dans son article 6, dispose que l'état et la capacité des personnes et les rapports de famille sont réglés par la loi de la nation à laquelle elles appartiennent ; supposons qu'un juge italien, sous prétexte d'appliquer la loi française à un français contractant en Italie, déclare que, d'après sa loi nationale, la capacité civile de ce français n'est acquise qu'à vingt-cinq ans ! Dira-t-on que ce juge a appliqué la loi française et obéi par là à l'article 6 du code italien ? Cela serait dérai-

sonnable. Convenons donc que si notre loi prend soin de dire qu'en telle circonstance on doit recourir à la loi étrangère, il sera abusif de la tenir pour observée lorsque la disposition appliquée aura été tirée, non de la loi étrangère, mais du cerveau d'un juge ignorant ou égaré. » Clunet, 1890, p. 796.

Dans l'hypothèse qu'imagine M. Colin, la violation du droit français est flagrante et ne nous paraît pas admissible à nous, français; comment les étrangers à qui nous appliquerions de la sorte leur droit national, ou qui le verraient appliquer ainsi, jugeraient-ils les magistrats français et notre cour de cassation? De même dit Laurent, t. II, p. 470 : « Conçoit-on qu'un juge belge déclare un néerlandais majeur et capable à vingt et un ans, alors que le code des Pays-Bas fixe la majorité à vingt-trois ans? Ce serait violer le statut personnel du néerlandais, alors que le juge est tenu de l'appliquer. »

Nous affirmons aux étrangers que nous reconnaissons, sur notre territoire, l'application de leurs lois nationales; c'est très vrai, mais si l'étranger voyait son droit national ainsi défiguré par nos juges, il serait selon nous bien fondé à dire : je préférerais encore être régi en France par le droit français, au moins ma situation juridique serait-elle alors bien certaine et uniforme. De ce principe que la décision des cours d'appel intervenue sur le sens de la loi étrangère est souveraine, résulte, en effet, pour l'étranger, mais aussi pour le français qui est en rapports avec lui, un état d'incertitude très préjudiciable aux intérêts de

tous et à l'intérêt même de la France. En poussant les choses à l'extrême et à l'absurde, on pourrait dire que chaque tribunal et chaque cour d'appel peut avoir une jurisprudence sur le sens de la loi étrangère. La cour de cassation se refuserait à examiner le bien-fondé de ces interprétations, comme elle se refuse à examiner le sens et la portée de la loi étrangère. Quelle conclusion tirer de là ? Que c'est beaucoup moins la loi étrangère qui est appliquée en France, que l'opinion qu'en ont nos magistrats ; cette opinion a sans doute une certaine valeur, mais on peut lui reprocher de n'être pas uniforme, et surtout de n'être pas la loi.

S'il est vrai que le droit français reconnaît et ordonne l'application en France du droit étranger, il faut que ce droit étranger soit interprété par nos juges ; la cour de cassation, par la théorie qu'elle professe sur la violation de la loi étrangère, peut autoriser les plus formelles altérations du sens de la loi étrangère, ce qui, par un moyen détourné, serait en fait refuser l'application du droit étranger. Car, ce n'est pas appliquer la loi étrangère que la modifier ; par la force des choses, les lois étrangères auxquelles renvoie la loi nationale deviennent ses prolongements et doivent être appliquées aussi exactement qu'elle même. M^{is} de Vareilles-Sommières, *La synthèse du droit international privé*.

CHAPITRE II

LA LOI ÉTRANGÈRE DOIT ÊTRE APPLIQUÉE EN FRANCE

Nous ne parlerons pas ici des cas où la loi française contient une disposition formelle prescrivant de suivre la loi étrangère. Dans les hypothèses où un pareil ordre est formulé, il n'y a pas de doute et l'on ne peut dire qu'il n'y ait pas lieu d'appliquer en France le droit étranger.

Nous n'admettons même pas la distinction que fait M. Lyon-Caen entre les cas où la loi française renvoie à la loi étrangère, tels les articles 170 et 999 du code civil, lesquels s'en remettent à la loi étrangère pour la détermination des formes prescrites pour les mariages ou pour les testaments des français en pays étranger, et les cas dans lesquels, sans que l'observation de la loi étrangère soit ordonnée expressément par la loi française, il y a entre ces deux lois un *lien tel établi par la volonté du législateur*, qu'en interprétant mal la loi étrangère, on applique la loi française contrairement à son sens véritable et à son esprit. Note dans Sirey, 1881, 1, 409. Cet auteur semble croire que la loi du 5 juillet 1844 sur les brevets d'invention, ne renvoie pas expressément dans son

article 29 à la loi du pays étranger dans lequel le brevet a été pris, mais il estime que cet article 29 établit un lien incontestable entre le brevet pris en France et le brevet pris à l'étranger, et, par suite, entre la loi française et la loi du pays dans lequel a été obtenu le premier brevet. Il nous paraît que, dans ce cas, l'ordre est aussi net que dans les articles du code civil. Nous ne voyons pas l'utilité de cette distinction ; M. Lyon-Caen, lui-même, n'en indique pas l'intérêt puisqu'il déclare que, dans les deux cas, la fausse interprétation ou la violation de la loi étrangère peut donner lieu à un pourvoi, puisqu'elle implique une interprétation fausse ou une violation de la loi française elle-même. La violation du droit étranger est alors une violation du droit français, et dans cette hypothèse il est permis de s'étonner d'entendre dire qu'il n'y a pas incorporation du droit étranger au droit français. Que faudrait-il donc pour qu'il y ait incorporation ? Il nous semble qu'un renvoi explicite suffit. Le législateur français ne peut reproduire dans sa loi les textes étrangers auxquels il renvoie : avec la multiplicité des législations ce ne serait pas possible. Notre loi dispose que dans telle hypothèse on appliquera telle loi ; le principe de l'application d'un droit étranger étant admis, c'est au juge de rechercher la loi étrangère et de l'appliquer.

Nous l'avons dit, ces textes sont rares, exceptionnels même pourrions-nous dire ; et limiter, aux hypothèses spéciales pour lesquelles ils ont été écrits, le champ d'application du droit étranger, serait à juste titre considéré

comme une erreur manifeste. Du fait que, dans certains cas, la législation positive décide de telle façon, on ne peut *a contrario* dire que dans l'hypothèse voisine non prévue au texte la solution serait différente ou même contraire. Les rédacteurs du code civil, et depuis les législateurs ont fixé certains points à propos desquels il y avait jusquelà controverse, ou dont la spécialité était telle qu'on ne pouvait, par le raisonnement, arriver à déterminer la solution virtuellement admise par l'ensemble de la législation positive. Pour le plus grand nombre des conflits de lois, il n'y a pas de texte prescrivant au juge français d'employer comme base de ses décisions la loi étrangère. Malgré cela, la presque unanimité des arrêts et la doctrine entière reconnaissant qu'il y a quantité d'affaires soumises à la justice en France, qu'on ne peut, sans se mettre en contravention avec le sens du droit français, résoudre autrement qu'en faisant intervenir une loi étrangère.

Sans doute il a eu et il y a encore des systèmes nombreux pour expliquer la nécessité qu'il y a pour un Etat de « *sacrifier* » l'application de sa loi nationale. Le jour ne semble même pas proche où les Etats comprendront que le respect des lois étrangères n'est pas en opposition avec leur souveraineté locale. Les peuples sont plus égoïstes encore que les individus; mais ils se trouvent mal de leur égoïsme, et ils finiront par se convaincre que c'est un bon calcul que d'être généreux. Laurent, II, p. 15.

Il ne faut pas perdre de vue que, lors de la rédaction du code civil, le législateur français était en train de

réaliser le vœu unanime de la nation qui devait conduire à l'abolition des diverses lois et coutumes particulières aux différentes parties de la France. En outre, à cette époque, on était au lendemain de la période de crise révolutionnaire et l'on ne voulait pas que, par l'application du droit étranger, l'égalité réalisée dans la nation et la famille put être menacée. Ainsi s'expliquent les mesures législatives comme les articles 11 et 726, exigeant la *réciprocité diplomatique* entre la France et l'étranger pour reconnaître aux sujets d'autres nations le droit de recueillir à titre gratuit des biens situés en France. Mais les questions d'ordre public mises à part, et malgré le nombre exagéré de ces dispositions que les juges croient trouver dans nos lois, il nous apparaît que l'esprit du code civil appelle en France l'application du droit étranger, et que le juge français, lorsqu'il statue ainsi, agit en vertu d'un commandement du législateur français.

La rédaction de l'article 3 du code civil a soulevé bien des critiques et suscité bien des systèmes, dans lesquels on s'est efforcé d'établir la pensée des rédacteurs du code. On a dit que le code consacrait la vieille théorie statutaire, mais étant donné le nombre infini des rameaux de ce vieux tronc, la question n'est pas par là le moins du monde élucidée. On a même dit, dans un sens absolument opposé, que cet article 3 rompait avec la théorie séculaire des statuts et par une préscience et une prévision inattendues consacrait la théorie moderne de la personnalité des lois. Les travaux préparatoires sont donc

susceptibles de recevoir toutes les interprétations ; en tous cas, les rédacteurs de cet article 3 n'envisageaient pas et ne pouvaient soupçonner l'étendue, la variété et la gravité des questions de conflits qui s'élèveraient lorsque les différentes législations provinciales seraient abolies. L'autorité de la tradition peut en cette matière passer à juste titre pour nulle, car l'état social où cette tradition avait pris naissance a complètement disparu. Il ne reste donc que le texte, dans son laconisme, et les incidents de sa rédaction pour nous indiquer ce qu'entendait le législateur du code.

La loi (art. 3) décide par quelle loi le français sera régi à l'étranger, sans même faire allusion aux exigences de l'ordre public local des pays étrangers qui pourront restreindre la capacité de nos nationaux. Mais ce même article est muet sur la loi qui régira l'étranger en France : cependant, sur ce point, rien n'empêchait le législateur de décider souverainement le droit qu'il entendait appliquer à l'étranger. Il paraît équitable d'appliquer le principe que l'on reconnaît bon pour le français à l'étranger et de donner compétence à la loi étrangère pour déterminer l'état et la capacité de l'étranger en France. Mais pourquoi cette décision : par tolérance, courtoisie, réciprocité ? Non, ce ne sont pas des principes d'obligation ; mais parce que cette décision est la seule logique, juste et raisonnable, et de plus qu'elle est en harmonie avec la volonté du législateur.

Le projet du livre préliminaire du code, rédigé par la commission, contenait cette disposition : « La loi oblige

indistinctement, ceux qui habitent le territoire : l'étranger y est soumis pour les biens qu'il y possède et pour sa personne pendant sa résidence — Le français résidant en pays étranger continue à être soumis aux lois françaises pour ses biens situés en France et pour tout ce qui touche à son état et à la capacité de sa personne — Son mobilier est réglé par la loi française comme sa personne. » Le dernier alinéa a disparu dans le projet de la section de législation du conseil d'Etat ; les rédacteurs n'ont pas voulu réglementer de par une loi les conflits relatifs à la fortune mobilière, laissant ainsi à la doctrine toute liberté pour la solution à proposer.

Le tribunal d'appel de Grenoble fit observer que le texte du premier alinéa laissait croire que l'étranger était soumis aux lois relatives à l'état et la capacité des français pendant tout son séjour en France, que c'était reprendre le vieil adage *Toutes coutumes sont réelles*. Faisant droit à cette observation la section du conseil d'Etat modifia son texte comme suit : « La loi oblige indistinctement ceux qui habitent le territoire, l'étranger y est soumis pour les biens qu'il y possède et personnellement en tout ce qui intéresse la police pendant sa résidence. » Tronchet demanda la suppression du mot *indistinctement*, car, disait-il, du texte on pourrait conclure que le statut français est applicable aux étrangers, alors que l'étranger n'est pas soumis aux lois civiles qui régissent l'état des personnes. Il fut fait droit à cette observation et le mot indistinctement fut retranché du projet dans la

séance du 14 thermidor an IX. Loaré, tome I, p. 400.

Après les discours des orateurs du gouvernement et du tribunal devant le corps législatif, les observations du tribunal prises en considération, le texte actuel fut adopté. Le second exposé des motifs de Portalis devant le corps législatif commente l'article 3 qui consacre expressément le statut personnel du français à l'étranger ; Portalis ne reproduit plus son affirmation générale et imprécise qu'*habiter le territoire c'est se soumettre à la souveraineté*. Avec le texte actuel, la soumission aux lois de police et de sûreté s'impose à l'étranger comme à tous les habitants du territoire. Portalis ne parle pas dans son discours du statut personnel de l'étranger ; le texte étant muet, il n'avait pas de commentaire à fournir. D'ailleurs il est aisé de penser quel eût été le sens de ce commentaire, puisque le Conseil d'état et le tribunal avaient, sur la proposition de Tronchet, corrigé la rédaction primitive qui semblait dénier à l'étranger son statut personnel.

La théorie des conflits de lois n'avait pas en 1804 le domaine qu'elle a aujourd'hui ; on connaissait surtout alors les conflits entre les législations intérieures d'un même Etat. Depuis lors, les nationalités s'étant constituées et ayant unifié leurs législations, les conflits de lois, ont lieu entre nations et non plus entre provinces. Le conflit de lois a pris le caractère du conflit de nations : pour chaque question de droit international privé il y a conflit de souverainetés.

Le droit international privé étant étroitement lié au

droit international public, le conflit de lois impliquant un conflit de souverainetés, et les nations n'ayant pas de juge supérieur, il faut donc voir quel est l'ensemble des obligations mutuelles des Etats. Cet examen qui constitue toute la science du droit international conduit à reconnaître l'application du droit étranger en France. Nous n'avons pas de textes formels très nombreux, mais notre législation est assez souple pour permettre une interprétation à laquelle on ne songeait pas lors de sa rédaction.

Il est donc possible de dire avec M. Colin, que le juge français applique la loi étrangère non pour obéir à une règle de droit des gens, mais en vertu d'un commandement du législateur français (Clunet, 1890, p. 409), ou avec M. Pillet, que la force de la loi étrangère, lorsqu'elle doit être appliquée, est la force même du droit international privé qui commande de l'appliquer, et le droit international privé a dans chaque pays force de loi nationale parce qu'il est du devoir de chaque Etat d'obéir à ses prescriptions (note Sirey, 1893, 4, 9).

Il est certain qu'il n'y a pas dans la législation française positive de textes déterminant tous les cas où les tribunaux français doivent appliquer une loi étrangère. Mais il est impossible, aujourd'hui plus que jamais, de dire qu'une loi ne peut avoir d'effets hors du territoire où elle a été promulguée. Le principe de la personnalité de la loi domine généralement les systèmes des juriconsultes et des tribunaux. Il existe une communauté de

droit entre les nations civilisées. Les Etats de cette communauté peuvent avoir une conception différente du lien qui les unit à leurs nationaux, et des mesures propres à sauvegarder leur ordre public, mais tous les Etats reconnaissent réciproquement leur liberté et leur souveraineté. Que la loi émane de tel ou tel état, elle est la loi, et, à ce titre, doit en principe être reconnue et sanctionnée par les états de la communauté. Quand un fait juridique quelconque soumis à une loi donnée doit produire des effets à l'extérieur, l'Etat étranger ne peut, sans manquer à ses devoirs de membre de la communauté, refuser de sanctionner ces effets.

Il serait utile que les législations positives ne présentassent pas en matière internationale les graves lacunes qu'elles contiennent; mais si les difficultés ne sont pas tranchées par la loi, du moins le juge peut-il étudier librement la législation applicable sans se préoccuper de respecter la lettre d'un texte prématurément rédigé. Le droit international privé est encore à la période de formation, et les rares textes qui consacrent ses principes dans les codes, sont conçus en termes généraux et vagues qui ne peuvent servir que de guides pour le juge national.

En France, le texte qui a une portée générale pour le droit international privé est l'article 3, du code civil : l'initiative du juge peut donc se donner libre carrière. Cette initiative n'est pas le droit pour le juge de statuer d'après la simple équité ou l'arbitraire plus ou moins déguisé. Le juge français ne peut créer un droit à sa fantaisie, il doit

rendre justice selon le droit français, et, en matière internationale, plus que partout ailleurs, il est vrai, la loi positive n'est que la traduction du droit. Pense-t-on que le silence de la loi, élément purement formel, puisse dispenser le juge d'appliquer le droit, ce rouage social nécessaire? Si, comme nous l'avons supposé, il existe un droit international privé, le juge, lorsque sa loi ne le lui montre pas, est forcé par la nature même de ses fonctions de le découvrir et de l'appliquer. Pillet, *Revue pratique de droit international privé*, 1890-91, p. 125.

L'article 4 du code civil comporte pour le juge *l'obligation de juger*, même dans le silence, l'obscurité ou l'insuffisance de la loi. Ce devoir formellement inscrit dans la loi a une portée générale; et on ne conçoit pas qu'en cas de conflit de lois le juge pût refuser de juger, ou, à défaut de texte précis français renvoyant la solution au droit étranger, dénier l'application de ce droit pour suivre les dispositions du code civil français.

Les traités sont utiles en droit international pour fixer les points sur lesquels l'accord est fait entre nations. Cela est très évident, mais nous ne croyons pas, comme Laurent, que ce soit le seul moyen de donner aux lois étrangères la même autorité qu'à la loi nationale. Les tribunaux, dit-il, ne sont obligés d'appliquer le statut étranger que lorsqu'il est consacré par une loi ou par un traité, au moins en ce sens que c'est seulement dans ce cas qu'il y a ouverture à cassation pour violation de la loi étrangère (Laurent II, p. 514). Nous pensons que, du moment

que le juge doit appliquer la loi qui régit les faits juridiques, sans distinguer si la loi est étrangère ou nationale, l'autorité de la loi est la même, et que la non-application du droit étranger comme sa fausse interprétation doit rendre possible le recours en cassation. Laurent reconnaît notre théorie fondée ; mais selon sa méthode, il veut chercher un moyen de faire entrer le principe dans la pratique. Désir très louable, mais le moyen que propose cet auteur nous paraît très défectueux. Il ne se contenterait même pas de la production des principes abstraits du droit civil international, tels qu'ils sont formulés par le code italien ; il voudrait autant de traités qu'il y a de nations diverses, et dans chacun de ces traités une liste des lois qui devront recevoir leur application à l'étranger à titre de lois personnelles. Le procédé n'est pas pratique ; et s'en tenir à ce moyen de reconnaître l'autorité du droit étranger pourrait sembler un refus d'appliquer le droit étranger, tant la réalisation en est compliquée. Mais Laurent reconnaît que le vrai droit est antérieur à la loi, le législateur ne le crée pas, il le formule, tandis que, dans la *doctrine de la courtoisie*, le droit international n'existe que si le législateur le consacre. Si donc le droit préexiste à la loi, ce qui n'est pas à démontrer, le droit ordonnant l'application de la législation étrangère, le juge français ne peut se refuser à appliquer et à bien appliquer la loi étrangère. Le fait qu'il n'y a pas de texte ne doit pas avoir d'influence sur la recevabilité du pourvoi en cassation. L'esprit de la loi française étant connu et la compé-

tence de la loi étrangère certaine, il nous paraîtrait absurde de dire : si le litige est gouverné par la loi nationale, la loi sera obligatoire pour le juge et la décision sujette à cassation, tandis que le juge pourrait impunément violer la loi étrangère parce qu'il n'a pas le texte formel qui en ordonne l'application. Nous avons vu d'ailleurs que les demandeurs en cassation, qui argumentent d'une non-application ou d'une fausse interprétation de la loi étrangère, savent bien trouver les textes français à invoquer : textes qui ont été appliqués à tort par nos juges nationaux appelés exceptionnellement à juger un procès dont la solution devait être prise dans une autre législation.

N'arrive-t-il pas continuellement que la cour de cassation fasse respecter les décisions qui ne figurent que virtuellement dans le texte des lois françaises, mais qui en sont la suite rationnelle et logique ? Le juge, en effet, qui doit statuer, même dans le silence de la loi, est obligé de se décider d'après les règles de la raison (Audinet). Selon la forte expression de M. de Vareilles-Sommières : « Les principes tirés de la loi par l'interprétation et la déduction sont encore la loi » (Synthèse).

CHAPITRE III

DE L'AUTORITÉ DE LA LOI ÉTRANGÈRE EN FRANCE

L'objection principale que les arrêts de notre cour suprême font à notre théorie, consiste à produire successivement les affirmations suivantes dont l'ensemble est logique et paraît bien raisonné. La loi étrangère est un *fait* du procès. Ce fait du procès doit être *établi par les justiciables*. La signification de ce fait est donnée souverainement par les juridictions inférieures qui seules statuent sur les faits, *l'interprétation ainsi donnée au fait est souveraine*.

Nous allons examiner le bien fondé de ces déclarations.

SECTION I. — La loi étrangère est-elle un fait ?

L'argument que l'on donne toujours en première ligne, pour soutenir l'affirmative, est que la loi étrangère n'a pas été promulguée en France ; que les juges français l'ignorent tant que les justiciables ne les ont pas renseignés sur son existence et sa signification. On ajoute : lorsque vous demandez à une juridiction de statuer sur les difficultés soulevées à l'occasion d'un procès quelconque, vous faites

passer sous les yeux des magistrats les pièces justificatives de la demande, obligations, quittances, vous argumentez de telles circonstances dont vous apportez la preuve ou dont vous offrez de montrer la réalité par telle mesure d'instruction qu'il plaira au tribunal d'ordonner. De même, dit-on, lorsque la solution du procès doit, en vertu du droit international, être prise dans une loi étrangère, il vous faut justifier de l'existence et du sens de cette loi : le juge n'a pas à se rendre compte par lui-même de cette législation, il attend que les parties l'aient mis à même de statuer, et à défaut par les intéressés de lui produire les justifications nécessaires, il est autorisé à appliquer la loi française, tout en reconnaissant qu'elle ne devrait pas fournir la solution du débat.

Telle est la théorie; il faut reconnaître qu'elle ménage beaucoup la peine des magistrats et leur assigne un rôle absolument passif. Nous ne pouvons quant à nous admettre que le juge, alors qu'il reconnaît l'incompétence de la loi française, arrive, par le détour que nous avons indiqué, à l'appliquer sous le prétexte que les parties ne lui ont pas justifié le sens de la loi seule compétente. Pé-niblement, après maints efforts, on est arrivé à reconnaître que les tribunaux français devaient rendre la justice même aux étrangers, que ces tribunaux ne devaient pas toujours appliquer les lois françaises. On a donc posé les principes exacts; mais les difficultés d'application de ces principes paraissent telles que, dans la pratique, on y renonce et l'on applique, ce qui est bien plus commode, la

loi française. Cependant il nous semble que nos juges commettent une erreur : la question de savoir quand il faut appliquer une loi étrangère se présente en premier lieu comme rentrant dans le droit français, qui doit avant tous autres être consulté sur ce point. Il y a bien certainement là une question de droit dont la solution rentre dans les attributions des tribunaux (Brocher, cours, p. 153). La loi étrangère est applicable au litige en vertu des principes de droit international plus ou moins expressément proclamés par la loi française. Le juge doit donc conformer sa sentence au droit étranger compétent. Il y a un ordre de la loi française de suivre telle loi : l'ordre donné transforme-t-il la loi en un fait ? Non : une telle déclaration serait une atteinte portée à la souveraineté de l'État étranger et la méconnaissance des droits et devoirs réciproques des États.

Le droit international ne pourra exister tant que l'on ne voudra pas reconnaître la communauté de droit qui existe entre les nations. Dans une affaire qu'un tribunal reconnaît devoir être résolue par le droit étranger, les juges ne peuvent, sans contradiction, appliquer leur loi nationale, disant qu'ils ne connaissent qu'elle. Dans ces hypothèses le juge français est juge international et le simple fait que ce juge est soumis à un État déterminé ne doit influencer en rien sur ses obligations en matière de conflits de lois. Les devoirs du juge dans son État particulier sont connus : en France nous citerons l'article 4 du code civil, ces mêmes devoirs s'imposent au juge dans

l'État plus grand qu'est la communauté internationale.

Nous savons que le juge, sa mission étant de dire le droit, est obligé d'appliquer d'office la loi compétente sans que les parties le lui demandent : en matière internationale, lorsque la législation compétente est désignée, le juge doit agir de même. Comment le fera-t-il, dit-on ? Le juge ignore le contenu de la loi étrangère, elle n'est pas promulguée en France, l'aurait-il sous les yeux, il ne la comprendrait pas. Cela est une question importante sans doute, mais secondaire par rapport à l'objet qui nous occupe (nous en parlerons dans notre section III). Il s'agit d'abord de s'assurer que la première affirmation des arrêts, savoir que la loi étrangère est un fait, est une affirmation inexacte.

La loi nationale de chaque tribunal et notamment la loi française n'est pas un fait que les parties ont à invoquer et à soumettre à l'appréciation du juge ; or, la loi étrangère que nos tribunaux doivent appliquer, est comme la loi française l'expression de la souveraineté de l'État qui l'a promulguée. Cette loi s'impose au particulier, mais aussi au juge et il doit lui reconnaître son véritable caractère. Un chef d'État reste souverain et représente son pays à l'étranger : de même la loi reste la loi en tous pays. Les diverses nations étant indépendantes ont bien le droit de refuser de recevoir sur leur territoire les souverains et les lois des autres nations. Cette attitude, si elle ne restait pas purement dans le domaine de l'imagination, aurait les plus fâcheuses conséquences et amènerait, à l'en-

contre du pays qui l'adopterait, des représailles et des mesures analogues de la part de l'étranger ; mais du moins serait-elle plus exacte et plus conforme aux principes théoriques que celle de l'État qui considère la loi étrangère, sur son territoire, comme un simple fait.

On reconnaît que lorsque le juge français est amené à suivre une législation étrangère, c'est en vertu de la loi française. La loi française se déclare incompétente et laisse la solution du différend à un texte étranger qui le régit. C'est la loi française qui s'approprie la législation étrangère : cette loi étrangère est en quelque sorte *naturalisée française* par notre législation : une loi remplace une loi. Dire le contraire, c'est recourir à un mensonge pour couvrir une irrégularité. Féraud-Giraud, *Revue de droit et de législation comparée*, 1892, p. 253 ; Bar, Clunet, 1888, p. 7 ; Laurent, II, 473 ; Asser et Rivier, p. 36.

SECTION II. — La loi étrangère doit être appliquée d'office par le tribunal.

Nous savons que le juge doit appliquer la loi étrangère lorsqu'elle est compétente. Les arrêts de la cour de cassation nous ont montré que cette juridiction ne considérerait plus l'application du droit étranger comme un acte de courtoisie internationale, mais comme une obligation. L'arbitraire du juge est donc écarté sur ce point et les pourvois sont reçus contre les décisions qui ne se sont pas référées à la loi étrangère pour apprécier la capacité d'un étranger, ses droits de famille, les effets des contrats et

les formes des actes juridiques intervenus à l'étranger. Sur tous ces points, l'accord de la jurisprudence et de la doctrine est à peu près réalisé; mais c'est la conception **que se fait la cour de cassation du rôle du juge que nous devons maintenant critiquer.**

On dit que le juge n'a pas à intervenir pour connaître l'existence et le sens de la loi étrangère. Alors que d'office le juge applique et interprète la loi nationale en recherchant les précisions que les parties pourraient ne pas lui donner, il est autorisé à rester passif dès qu'il s'agit d'une loi étrangère (Demangeat s. Fœlix, 1, 220). Cette opinion a été surtout répandue en Allemagne où le tribunal de l'Empire a rendu cette décision qui a été si commentée : « Quoique le juge doive appliquer le droit étranger en tant qu'il lui est connu, et qu'il puisse à cette fin s'en enquérir d'office, cependant le juge n'est pas obligé de connaître le droit étranger ou de le rechercher par une information d'office, et la maxime *jura novit curia* ne peut être invoquée en matière de droit étranger. » 14 février 1871, Clunet, 1874, p. 80.

Mentionnons enfin, pour la rejeter de suite, l'opinion d'après laquelle le juge serait autorisé, mais non obligé à appliquer la loi étrangère. Une telle doctrine est en contradiction avec la notion vraie de la mission du juge. Elle lui attribue un pouvoir arbitraire en l'élevant, dans une certaine mesure, au rang de législateur, tandis que sa mission sociale se borne à dire le droit, c'est-à-dire à déterminer dans chaque cas particulier quelle est la loi

qui doit être appliquée, et à en faire l'application. Lui permettre, dans des circonstances identiques, de choisir arbitrairement entre deux lois différentes, c'est lui permettre de faire la loi, d'empiéter sur une fonction de législateur, c'est laisser les particuliers dans l'ignorance de la loi qui pourra être appliquée à leurs rapports juridiques, au grand dommage de la sûreté de ces rapports, de la bonne administration de la justice et de la bonne foi. Albéric Rolin, t. I, p. 784.

Il est reconnu que l'application ou la non-application du droit étranger est une question de droit, et la cour de cassation contrôle les décisions intervenues sur ce point. Dire le droit est la fonction du juge, et ce n'est pas aux justiciables à lui fournir tous les éléments de sa décision ni à lui demander d'appliquer la loi compétente. Le juge français connaît ou du moins doit connaître la loi française ; s'il ne la connaît pas, il l'étudie, et nul ne songe à l'autoriser en ce cas à appliquer des textes créés par son imagination. Pourquoi en matière internationale les obligations du juge seraient-elles différentes ?

Il arrive très fréquemment que nombre de dispositions légales françaises sont ignorées ou oubliées de ceux qui doivent les appliquer. La chose au surplus n'est pas étonnante si l'on songe à toutes les lois qui ont été et sont journellement votées par nos Chambres. La présomption est donc toujours contraire à la réalité pour le juge et le justiciable. Quand le tribunal se trouve dans une pareille situation, il doit recourir au texte qu'il est censé ne pas

ignorer, le consulter, l'étudier et se livrer très souvent à des recherches et à des travaux pour s'assurer s'il est applicable et comment il doit être entendu et appliqué. Féraud-Giraud, *Revue de droit international privé*, 1892, p. 241.

On sait que pour les questions de fait les juges s'éclaireront par le moyen des mesures d'instruction qu'ils prescrivent. Le magistrat ignore les faits allégués devant lui : il prescrit une enquête. La solution de la question exige des connaissances techniques ; l'expert spécialiste renseignera et éclairera le tribunal sur les règles de son art. Nous ne refusons pas au juge français le droit de se faire renseigner sur l'existence et le sens de la loi étrangère qu'il doit appliquer ; mais si le juge recourt à ces mesures d'instruction, nous n'entendons pas du tout assimiler par là la loi étrangère aux faits du procès. Ce sera toujours au juge qu'il appartiendra de statuer sur l'interprétation de la loi étrangère, et les consultations qui lui auraient été données, ne devront pas le priver de l'usage de son droit personnel de contrôle.

L'application de la loi étrangère est obligatoire pour le juge français, il ne peut se refuser à la faire, sous le prétexte qu'il n'est pas assez éclairé. Si les indications des parties sont insuffisantes, il est tenu de se procurer à lui-même la connaissance nécessaire pour asseoir son jugement. (Audinet, p. 301). Cette interprétation donnée par le magistrat ne ressemble en rien à l'interprétation qu'il donne aux faits d'un procès. Lorsque, par suite des dépo-

sitions d'un témoin, des constatations d'un expert, le juge apprécie que la responsabilité du dommage incombe à telle personne, s'il estime qu'il y a eu des manœuvres frauduleuses, qu'une pièce est apocryphe, ces appréciations n'interviennent pas au sujet de l'interprétation d'un texte de loi. On comprend que le contrôle des faits puisse être soumis à deux juridictions, car la vérité est parfois difficile à établir; néanmoins il a paru qu'après deux contrôles les faits devaient être établis avec leur signification. La législation française ne permet pas que l'on remette indéfiniment en question la réalité et le sens des circonstances d'une affaire. Les preuves fournies pourraient disparaître ou être dénaturés. Mais y a-t-il lieu de craindre pareille chose pour un texte promulgué à l'étranger? ce texte est impersonnel, général et stable, à l'abri des entreprises des parties et facilement communicable au tribunal. On ne voit pas que l'ordre de nos juridictions et la répartition de leurs pouvoirs se trouvent gravement compromis parce que la cour de cassation contrôlerait l'interprétation donnée à ce texte par les juridictions inférieures.

La loi étrangère n'est pas un fait ordinaire pour le juge français; c'est un document dont la connaissance est généralement accessible à tous, aux magistrats comme aux parties. L'application qui doit en être faite ne dépend généralement pas de la volonté de celles-ci. L'on ne saurait, il est vrai, s'attendre à ce que le juge connaisse le droit de tous les pays; mais il n'en est pas moins tenu

de s'informer des lois étrangères dont l'application peut être nécessaire à la solution des procès qui lui sont soumis. Brocher, Cours, p. 153.

Ce sont, au contraire, les parties au procès qui doivent fournir la preuve des faits qu'elles allèguent ; sur ce point le juge doit garder une attitude expectante. Lorsqu'il aura été produit une articulation de faits et que la preuve n'en sera pas officiellement donnée, le juge a le devoir de se faire renseigner avant de dire droit ; il serait inadmissible qu'un jugement intervint sur de simples affirmations des parties. Le procès-verbal d'enquête dressé par le juge-commissaire ou le rapport de l'expert sont les éléments de conviction qui seront fournis au tribunal. Il appartient aux parties de faire la preuve des faits et de leurs allégations. Mais la loi étrangère, qui n'est pas un fait du procès, n'a pas à être prouvée par les justiciables. Voit-on les inconvénients du système opposé, les collusions possibles pour donner à la loi un sens qu'elle n'a pas, ensuite, la cour suprême, contrainte de ne pas relever ce qui est faux, de consacrer une illégalité ? Dans la cause, le droit étranger n'est pas le fait, il est le droit. Les parties n'ont pas à enseigner le droit au juge ; c'est lui qui doit au besoin le leur révéler. Elles demandent qu'on leur applique le droit ; elles ne sont pas forcées de le connaître. La loi étrangère, comme la loi nationale, est publique, surabondamment attestée par sa promulgation et son application et le juge peut toujours la connaître sinon promptement, du moins facilement, même sans le

secours des parties. Il serait déplorable que l'ignorance et l'inhabilité d'un plaideur lui fissent perdre son procès, alors que la loi suivant laquelle l'affaire devait être jugée se prononce formellement en sa faveur. (Vareilles-Sommières.)

SECTION III. — Preuve de la loi étrangère.

Si les parties se refusaient à aider le magistrat dans sa tâche, celui-ci ne serait pas par là autorisé à appliquer la loi française. On voit d'ailleurs mal l'hypothèse d'un justiciable cherchant à embarrasser son juge ; au contraire, lorsqu'il y a lieu d'appliquer la loi étrangère, une des parties au moins offrira toutes les justifications que le tribunal souhaiterait et fournira tous les éclaircissements nécessaires.

Les juges peuvent avoir personnellement connaissance des lois étrangères par suite de l'enseignement reçu dans les facultés de droit où, selon le vœu de Laurent, on a institué, à côté des chaires de droit international privé, des cours de législation comparée. Ces deux sortes d'études sont complémentaires ; il est clair, en effet, qu'un français qui ne connaîtrait absolument aucune législation étrangère, pourrait, néanmoins, posséder à un haut degré la science du droit international. Il serait évidemment incapable de juger un différend dont la solution doit être prise dans la loi anglaise ou dans la loi allemande ; mais il pourrait dire d'une manière abstraite, en appliquant à l'espèce les principes dont il est imbu, laquelle de ces

lois doit être observée. En fait, le droit international, si on le suppose isolé des législations positives, n'est qu'une abstraction ; à lui seul, il ne peut fournir au juge ou à l'avocat le moyen de se prononcer d'une manière complète sur les questions qui se produisent dans la pratique, mais réciproquement, celui qui ne connaîtrait que les législations positives, sans être pénétré des principes supérieurs destinés à régler le conflit possible entre ces législations diverses, serait évidemment hors d'état de juger avec certitude les questions dont il s'agit. C'est donc aujourd'hui un devoir, une nécessité, soit pour le juge, soit pour l'avocat, de connaître non pas seulement la loi positive de son pays, mais encore, d'une part, les lois étrangères et, d'autre part, le droit international, puisque ce sont trois ordres de règles dont il peut journellement avoir à faire l'application. Demangeat, *Introduction au journal de droit international privé*, Clunet, 1874.

C'est dans cette pensée de divulgation et d'enseignement du droit étranger qu'a été fondée en France la société de législation comparée. Cette société ne fit d'abord paraître qu'un bulletin consacré à la publication d'études spéciales. Mais quatre ans après sa fondation, dès 1872, elle publia un annuaire de législation étrangère.

La société de législation comparée s'est mise en rapports avec le comité de législation étrangère créé par le Gouvernement en 1876, et rattaché au ministère de la justice. Grâce à cette collaboration et aux subventions de

l'Etat, de nombreux codes étrangers ont été traduits en France.

L'industrie privée a également vulgarisé la connaissance des lois étrangères, presque tous les codes des nations de la communauté de droit international ont été ainsi traduits et publiés en France.

Outre ces entreprises nationales destinées à répandre en France la connaissance du droit étranger, il y a des organisations internationales qui remplissent le même rôle.

La tentative la plus considérable, qui a été réalisée en 1890, afin de mettre les documents législatifs étrangers à la portée de tous les intéressés, est l'union internationale pour la publication des tarifs douaniers. Un bureau international a été établi à Bruxelles et fait paraître un bulletin rédigé en cinq langues.

L'institut de droit international, frappé des difficultés que soulèvent la connaissance et la preuve des lois étrangères, avait, dès 1883, décidé de faire étudier quels seraient les moyens à proposer aux gouvernements en vue de favoriser la connaissance des lois étrangères, et, en particulier, d'assurer la preuve de ces lois devant les tribunaux.

L'Institut réuni à Bruxelles en 1885 avait adopté l'idée d'un comité international permanent chargé de centraliser, de conserver, de classer systématiquement les lois étrangères et d'en dresser chaque année un tableau général (*Annuaire de l'institut*, VIII, p. 271).

En 1887 à Heidelberg, l'institut formulait des vœux

assez sensiblement différents : il n'est plus question alors de cette organisation centrale internationale. On émet seulement le vœu que les gouvernements se communiquent les lois en vigueur et les lois à venir au fur et à mesure de leur promulgation ; que, dans chaque Etat, ces divers documents soient réunis en un dépôt central rendu accessible au public. De cette façon, les habitants de chaque Etat auraient plus facilement connaissance du droit étranger que si l'on adoptait le système préconisé à Bruxelles et consistant dans la création d'un Bureau unique international.

Ce n'est qu'en 1891 dans sa session de Hambourg que l'institut de droit international s'est occupé de la preuve des lois étrangères devant les tribunaux et a adopté les remarquables conclusions de M. Pierantoni.

I. — *L'institut déclare :*

1^o Que dans l'état actuel de la science du droit et des rapports internationaux et en présence du plus grand nombre de lois élaborées dans les pays civilisés, la preuve des lois étrangères ne peut être une question de *fait* abandonnée à l'initiative des parties ;

2^o Qu'il est nécessaire de fixer des règles générales et uniformes à substituer aux différents usages qui sont en vigueur.

II. — *L'Institut émet le vœu que*, par des accords internationaux, les Etats s'obligent à l'application des règles suivantes :

a) Quand, dans un procès civil, il y a nécessité d'ap-

pliquer une loi étrangère sur l'existence et la teneur de laquelle les parties ne sont pas d'accord, le juge, le tribunal ou la cour, sur la demande des parties ou d'office, déclarera dans une décision préparatoire quels sont les lois ou les points de droit nécessaires pour vider l'affaire ;

b) Le juge ou le président délivrera dans le plus court délai possible des lettres rogatoires, qui, par l'intermédiaire du ministère de la justice et du ministère des affaires étrangères, seront soumises au ministère de la justice de l'Etat dont on veut connaître les lois ou certains points de droit ;

c) Le ministère de la justice de ce dernier Etat répondra à la demande faite, en s'abstenant de tout conseil ou avis sur toute question de fait, et en se bornant à attester l'existence et la teneur des lois ;

d) Dès que les textes des lois et les certificats auront été remis au tribunal, ils seront déposés au greffe, et, sur requête de la partie la plus diligente, la procédure reprendra son cours (*Annuaire* XII, p. 328).

Par la force des choses, on le voit, ce procédé ne pourrait fournir la connaissance des lois étrangères que dans le cas d'un procès actuellement né et pendant devant les tribunaux d'un pays. Quoi qu'il en soit, il paraît susceptible de donner de bons résultats. Mais il ne semble pas qu'au moins en France, on ait employé dans la pratique ces commissions rogatoires spéciales : les consultations de droit étranger fournies à nos tribunaux l'ont toujours été sur l'initiative propre des parties. Certains pays ont, par

contre, adopté le système sus-indiqué et leurs législations nationales réglementent les moyens d'établir en justice le contenu de la loi étrangère.

Ces résolutions de l'institut de droit international se passent de commentaire; elles nous montrent assez à quel stade en est maintenant la doctrine internationale. On ne considère plus la loi étrangère comme un fait du procès, mais on lui reconnaît son caractère universel et supérieur de règle de droit qui s'impose aux juridictions et qu'il leur appartient donc de bien appliquer. La pratique est malheureusement en retard sur la doctrine; l'organisation positive comporte encore de graves lacunes.

Une conférence fut réunie en 1894 à Berne; cette conférence devait s'occuper de la création d'une union internationale pour la publication des lois et traités des Etats participants. On espérait arriver à créer une organisation semblable à celle qui existe pour la publication des tarifs douaniers. Mais la réunion ne put aboutir qu'à un échange de vues officieux, certains Etats craignant encore de porter par là atteinte à leur indépendance et à leur souveraineté.

Il n'existe donc pas actuellement d'organisation générale internationale; mais il y a de nombreux traités spéciaux entre nations, en vertu desquels les signataires doivent se communiquer réciproquement leurs documents législatifs.

De toutes les organisations existant actuellement il nous vient la conviction qu'il est impossible de dire au-

jourd'hui qu'en France on peut ignorer la loi étrangère. Le juge est donc à même de se renseigner sur la loi qu'il doit appliquer sans attendre les attestations trop souvent partiales que pourraient lui fournir les parties. Il est vrai que notre théorie heurte des habitudes que nous jugeons pernicieuses et contraires au droit. Les juges des tribunaux ou les conseillers des cours d'appel devraient par eux-mêmes étudier le droit étranger au lieu de se contenter des justifications des parties. Les magistrats n'auraient plus la faculté d'interpréter au hasard les textes qui sont ainsi mis sous leurs yeux ; il devraient pénétrer le sens et l'esprit de la législation étrangère qu'ils appliquent. Cet effort réalisé par les juges inférieurs obligerait les membres de la cour suprême à contrôler les interprétations fournies, car il ne serait pas possible de dire que la loi étrangère est un fait dont la portée est souverainement déterminée par les juges de première instance et d'appel. Le cour de cassation ayant sous les yeux les textes étrangers, leurs commentaires français et la décision entreprise à raison de la fausse interprétation donnée, devrait contrôler le sens de la loi étrangère. La plus haute juridiction française compte assez de magistrats pour que le rôle qui lui incombe ne paraisse pas exagéré. Les justiciables français et étrangers ne sauraient être plus longtemps privés systématiquement par des affirmations très contestables des garanties de bonne justice qu'ils sont en droit d'espérer en France.

Est-il besoin de relever la contradiction que nous avons

vue dans les arrêts, lorsque la loi française renvoie expressément à la loi étrangère, et les cas où l'application du droit étranger n'est qu'implicitement ordonnée par nos lois ? Dans le premier cas, nous avons des arrêts et surtout des déclarations disant que le renvoi du droit français à une loi étrangère naturalisait en quelque sorte la loi étrangère et qu'en conséquence l'erreur commise sur son sens était une erreur qui amenait contravention à la loi française, d'où la possibilité du pourvoi en cassation. Dans l'autre cas, plus fréquent, il n'y avait rien de pareil : la cour n'estimait pas que la violation de la loi étrangère pût avoir effet sur la loi française, d'où pas de cassation possible. Nous avons indiqué que la solution de ce deuxième cas était étendue au premier, et que la cour refusait d'admettre que l'erreur sur la loi étrangère pût en aucun cas être soumise à son contrôle. Cette doctrine a donc assimilé les deux cas jusqu'alors distingués : nous avons approuvé cette assimilation tout en regrettant qu'elle se fût faite sur des principes douteux. Lorsque la loi étrangère est appliquée en France, c'est que la loi française l'exige : l'erreur commise sur le sens de la loi étrangère est à nos yeux, en pareil cas, la source d'une contravention à la loi française, une erreur sur le droit étranger et sur le droit français, une erreur sur la loi et non sur le fait.

La jurisprudence est au surplus très logique : lorsque la loi française ordonne par un texte exprès de suivre la loi étrangère, on ne peut pas dire que ce simple texte donne

au juge français la science de la loi étrangère. Est-ce que cette loi est publiée et promulguée en France ; connaît-on l'esprit général et l'historique de la loi étrangère ? Les arguments de la cour de cassation ont une portée générale ; si nos magistrats estiment que la loi étrangère est ignorée en France, cette loi est ignorée toutes les fois qu'elle est ou doit être appliquée. En toute hypothèse donc l'interprétation donnée est une appréciation de faits du ressort souverain des juridictions inférieures. Telle est la logique et telle est aussi la doctrine nouvelle de la cour suprême. Cette attitude nous paraît plus vraie en ce qu'elle rejette la distinction jusque là faite sur l'autorité de la loi étrangère en France, mais absolument fausse parcequ'elle refuse au droit son caractère universel.

CHAPITRE IV

RÔLE DE LA COUR DE CASSATION

La critique de la théorie de la cour de cassation sur l'autorité de la loi étrangère nous a montré, avec évidence, que c'est, par un vain artifice de mots, que la cour considère la loi étrangère en France comme un fait. Nous avons restitué à la loi étrangère son véritable caractère qui est d'être la loi en tous pays et particulièrement en France, lorsque son respect et son application sont commandés expressément ou tacitement par la loi française.

Si sur ce premier point nous avons réussi à montrer que la cour de cassation adoptait un système erroné, il nous reste à examiner le second argument que la cour fait valoir pour refuser de s'occuper de la violation de la loi étrangère. Les auteurs qui approuvent la théorie de la cour n'admettent pas en général sa doctrine sur la nature de la loi étrangère. Ils reconnaissent que la loi étrangère, lors qu'elle devient applicable en France, ne perd pas son caractère de loi pour devenir un fait ; ils voient donc que la loi conserve son autorité de loi ; mais ils ajoutent : la loi étrangère ne peut donner ouverture à cassation, bien qu'elle soit loi, parce que la cour de cassation n'est établie

que pour maintenir *l'unité dans l'application des lois nationales*.

M. Lyon-Caen dit que cette théorie est parfaitement rationnelle et se déduit du but même de l'institution de la cour de cassation : la création de celle-ci ayant été une conséquence naturelle de l'unification de la législation française. Cette unification aurait été à chaque instant menacée si les lois avaient pu recevoir les interprétations les plus diverses et les plus contradictoires des cours d'appel statuant souverainement chacune dans l'étendue de son ressort. La cour dépasserait le but de sa création et dénaturerait son caractère légal si elle cherchait à s'occuper de l'interprétation des lois étrangères. Lyon-Caen, note Sirey, 1881, 1, 409.

Nous dirons plus loin que cette définition du rôle de la cour de cassation ne nous semble pas exacte. De plus, M. Lyon-Caen, par la phrase reproduite ci-dessus, pourrait laisser croire que la cour de cassation a été créée pour maintenir l'unité de la législation française et du code civil. Un simple rapprochement de dates suffit à établir le contraire : l'unification de la législation française a été réalisée par la promulgation du code civil et de la loi du 30 ventôse an XII, 21 mars 1804.

Jusqu'à cette date, les diverses coutumes locales de l'ancienne France étaient restées en vigueur. Or, le tribunal de cassation a été établi par une loi des 27 novembre-1^{er} décembre 1790, loi par laquelle l'Assemblée Constituante terminait son œuvre de réorganisation judiciaire

du pays. On ne peut donc dire que la création de notre cour suprême est une conséquence naturelle et logique de l'unification de la législation française. Le texte même de la loi contredit une telle opinion, puisqu'il porte : «... *Et jusqu'à la formation d'un code unique des lois civiles, la violation des formes de procédure prescrites sous peine de nullité et la contravention aux lois particulières aux différentes parties de l'empire, donneront ouverture à cassation.* » On espérait en 1790 réaliser l'unité de législation, mais l'œuvre était encore en projet ; et le tribunal de cassation, que l'on créait, devait veiller sur les diverses législations provinciales qui pouvaient être applicables en France et les faire respecter.

Aujourd'hui il n'y a plus de lois particulières aux différentes parties de l'empire, il y a des lois particulières aux différentes situations juridiques dans lesquelles se trouvent les justiciables, nous voudrions que ces lois fussent, comme les lois promulguées en France, soumises au contrôle de notre cour suprême. La jurisprudence et la doctrine, pour refuser à la cour de cassation un droit de contrôle sur l'interprétation du droit étranger, font valoir l'argument que nous avons indiqué, et qu'il nous faut maintenant exposer et discuter : la cour de cassation a été instituée, dit-on, pour maintenir autant qu'il se peut l'unité d'interprétation des lois françaises, au sens étroit du mot, c'est-à-dire des lois faites en France.

Nous pensons que dans les pays, tels que la France, la Belgique et les Pays-Bas où la cassation est destinée à

suppléer et à compléter l'unité de la législation par l'unité de la jurisprudence, l'application erronée ou la violation du droit étranger ne saurait donner ouverture à cassation. Telle nous paraît être la conséquence naturelle de l'idée fondamentale du droit français en cette matière. La distinction qui sert de base au recours est moins celle du fait et du droit, que celle entre l'application de la loi nationale d'une part, et tout ce qui est *en dehors de la loi nationale, fait ou droit*, d'autre part. » Asser et Rivier, p. 37. Dans le même sens: de Loynes, D, 1898, 1, 378 ; G. Appert, S., 1900, 1, 281. Le magistrat de cassation n'est pas le vengeur de la loi étrangère. Conclusions de l'avocat général Hello, S., 1843, 1, 217.

Est-il vrai que la seule mission de la cour de cassation soit de garantir l'interprétation de la loi française et l'unité de jurisprudence sur cette loi? Trouve-t-on dans la discussion de la loi des déclarations formelles qui puissent autoriser l'interprète à restreindre la portée générale de l'article 3 de la loi organique de la cour de cassation ? « Le tribunal de cassation annulera tout jugement qui contiendra une contravention expresse au texte de la loi. »

Ce texte parle de la *loi*, c'est la loi dont il y a lieu en l'espèce de faire application sans qu'on ait à considérer l'Etat qui l'a promulguée. Ce texte est général et nous ne trouvons pas la restriction qui existe dans l'article 511 du code de procédure civile d'Allemagne, lequel porte que le tribunal de l'empire ne doit admettre de pourvoi qu'à

raison de la violation d'une loi allemande. On doit remarquer que le code de procédure pénale du même pays, article 376, autorise le recours en revision pour violation de la loi, et que cette expression générale comprend aussi bien les lois étrangères que les lois allemandes. Cette interprétation, du reste, s'accorde avec les déclarations qui ont été faites lors de la discussion de ce dernier code. Clunet, 1885, p. 330.

Les membres de l'Assemblée Constituante, dans la discussion du projet de loi sur l'organisation d'un tribunal de cassation, se sont occupés de la question de savoir si ce tribunal serait ambulant ou sédentaire, et à l'occasion de ces débats. ont indiqué la mission que devait remplir cette juridiction extraordinaire. La loi peut être violée et il faut empêcher la violation de la loi, disait Barère de Vieuzac. Il y a deux motifs principaux pour l'établissement d'une cour de cassation : 1^o conserver l'unité monarchique, employer les moyens les plus propres à lier entre elles toutes les parties politiques de l'empire et prévenir une division qui conduirait au gouvernement fédératif ; 2^o maintenir l'unité de législation et prévenir la diversité de jurisprudence (Barnave) ; car il ne faut pas que les juges soient maîtres de la justice et appliquent la loi d'une manière différente dans le même cas. Merlin veut un tribunal unique et sédentaire, sinon ce tribunal de cassation, gardien suprême de la loi, conservateur des propriétés et lien des tribunaux d'appel ne

pourrait conserver les mêmes principes. Tronchet est à peu près du même avis.

Robespierre aurait voulu qu'aux législateurs appartint le pouvoir de veiller au maintien des lois ; sa proposition fut rejetée comme contraire à la séparation des pouvoirs. M. de Clermont-Tonnerre dit qu'un tribunal de revision est un régulateur du pouvoir judiciaire et qu'il décide si le juge ne s'est pas écarté de la loi. Quels sont ses caractères ? La constance dans sa doctrine, la profonde connaissance des lois...

Garat l'aîné estime que le but de ce tribunal est le maintien des lois. Chabroud pense que ces fonctions consisteraient à réprimer les écarts des juges. M. Loys remarque que l'organisation du tribunal en sections lui ferait manquer son objet, l'unité nécessaire serait détruite. Le conseil du roi était l'unique tribunal de cassation du royaume, et il n'avait pas de grands inconvénients (délibérations de l'Assemblée Constituante, séances des 7, 24, 25, 26 mai 1790, *Moniteur universel* des 9, 25, 26, 27 mai 1790).

On le voit, le rôle essentiel assigné au tribunal devenu la cour de cassation est beaucoup moins le rôle *politique* qui consisterait à empêcher les cours d'appel de vouloir reprendre la place et l'influence jugée abusive des parlements, qu'un rôle *judiciaire* de gardien supérieur du droit, de régulateur de la justice par le maintien de l'unité de jurisprudence.

La doctrine des arrêts de la cour de cassation sur l'in-

interprétation de la loi étrangère est-elle propre à assurer l'unité de jurisprudence ? Bien au contraire, et pour la loi étrangère la chose est très évidente : le sens qui lui est donné aujourd'hui étant aux termes des arrêts l'appréciation d'un fait, pourra être autre demain ; l'étranger sera un jour déclaré capable, le lendemain incapable suivant l'interprétation que nos magistrats auront donnée souverainement de sa loi nationale.

Cependant les nations, êtres juridiques raisonnables ou raisonnablement conduits, ce qui revient au même, se doivent mutuellement d'agir les unes à l'égard des autres conformément à la justice, c'est-à-dire à la raison appliquée aux intérêts particuliers. Il serait souhaitable, mais il paraît difficile de trouver une formule précise pour cette dernière obligation. Quoi qu'il en soit, voici ce que contient cette règle : indépendamment de toute détermination d'une loi à appliquer, la justice exige que, dans un cas donné, on traite une personne comme on en traiterait une autre dans le même cas ; que l'on applique le lendemain la règle même que l'on appliquait la veille. Pillet. *Le droit international privé considéré dans ses rapports avec le droit international public*. Cette règle de bon sens vraie pour deux individus distincts est encore plus vraie lorsqu'il s'agit d'une même personne, et l'on ne comprendrait pas que le même jour il pût être fait souverainement par deux tribunaux deux déclarations contraires sur le sens de la même loi.

Voilà pourtant ce que la cour de cassation pourrait être

amenée à décider par application de sa théorie qui laisse aux juridictions inférieures le soin et la responsabilité de l'interprétation du droit étranger.

Les faits ne nous ont pas fourni une telle espèce ; mais il n'est pas impossible que la chose arrive. En tout cas, nous ne saurions admettre une théorie qui légitimerait de pareils résultats. La logique sur ce point est d'accord avec les textes ; et nous avons vu qu'il n'y a pas de considérations ni de raisons juridiques propres à nous faire abandonner notre théorie.

Les auteurs ont bien aperçu que, même au regard de la loi française, la doctrine de la cour de cassation établirait des divergences de jurisprudence tout à fait contraires aux intérêts privés et certainement contraires au vœu du législateur. Colin, *Clunet*, 1890, p. 797. Que demain se présente quelque autre question intéressant le statut personnel de la défenderesse (M^{me} Freige : *vide supra*), une question d'aliments par exemple, et peut-être la juridiction saisie appréciant en fait le sens de la loi ottomane autrement que la cour d'Aix, lui dénier la nationalité française que celle-ci lui a reconnue. L'application de la loi française sur la nationalité à la dame Freige, demeurera ainsi casuelle et variable ; elle sera, pour emprunter à la cour ses propres expressions, dépourvue de toute unité, aussi longtemps que la cour ne sera pas résolue à donner à la législation ottomane cette interprétation obligatoire, de laquelle dépend dans ce cas l'unité dans l'application de la loi française. Pillet, note S., 1895, 1, 449.

La loi française sera donc applicable ou non par suite du sens donné à la loi étrangère. Il est impossible en ce cas de dire qu'il y aura unité dans l'application des dispositions de cette loi française. Le contrôle de la cour de cassation, en assurant à la loi étrangère en France l'unité d'interprétation, empêcherait par là même les divergences qui, sans cela, peuvent se produire sur l'application de la loi française. A cela on répond, parfois, que les étrangers supporteront seuls les conséquences de cette situation : si la chose était vraie, il n'en faudrait pas moins repousser cette théorie, car, à moins de refuser de rendre la justice aux étrangers, un pays doit, en vertu du principe d'égalité entre nationaux et étrangers, traiter l'étranger comme il traite son propre sujet et lui assurer les mêmes garanties touchant ses droits. Mais, en fait, la loi étrangère est applicable en bien d'autres hypothèses, soit pour trancher un différend entre français et étranger, soit entre français seulement, et dans ces cas les intérêts de nos nationaux seraient donc atteints. L'argumentation qui semble admettre une justice différente suivant la qualité du justiciable tombe par là même.

Sans vouloir soutenir une opinion paradoxale, il semble que l'on pourrait même affirmer que l'interprétation de la loi étrangère devrait être surveillée avec plus de soin par la cour de cassation. En effet, cette loi n'est pas la loi que nos tribunaux appliquent en général, c'est donc dans l'interprétation de cette loi que les erreurs des juges sont le plus à craindre et qu'un contrôle sévère paraît

indispensable. Ces considérations sont néanmoins de peu de poids pour les magistrats de la cour suprême. Peut-être pensent-ils qu'il s'agit d'une loi dont le siège principal et les interprètes naturels se trouvent à l'étranger, qu'il pourrait y avoir quelque chose de choquant à voir se fixer en France, par l'autorité de la cour suprême, une interprétation contraire à celle qui serait consacrée dans le pays national (Brocher, cours, I, p. 155). Nous ne contestons pas la possibilité d'une pareille éventualité ; il arrive bien que des textes français appliqués en Belgique, notamment des articles du code civil, y reçoivent une interprétation différente de celle que ces textes ont en France. Même en France, le conseil d'Etat et la cour de cassation ne sont pas toujours d'accord sur le sens de la même loi. Donc, nous pensons que le scrupule qui retient M. Brocher est un peu trop subtil ; quelle est, en tout cas, la solution préférable ? Vaut-il mieux permettre à chacun de nos tribunaux et à chacune de nos cours d'appel d'interpréter souverainement la loi étrangère, ou vaut-il mieux laisser à la cour de cassation le soin de fixer, pour la France, le sens de telle loi étrangère ? Il nous semble que, la décision émanant de la cour de cassation, la plus haute juridiction française, elle serait plus aisément acceptée par le justiciable mécontent. Ce plaideur ne pourrait du moins accuser nos règles de compétence de l'avoir fait juger par une cour ou un tribunal ne connaissant pas le droit étranger.

D'ailleurs, dans quel cas se pourvoit-on en cassation en

alléguant une fausse interprétation du droit étranger? Le plus souvent, c'est précisément parce que le juge français a statué contrairement à la jurisprudence des autorités étrangères chargées d'appliquer la législation dont s'agit (Cour de cassation Belge, Reichsgericht, etc...). Le plaideur demandera à la cour de cassation française d'interpréter le droit étranger comme il l'est dans son pays d'origine. Si, au contraire, le juge avait statué conformément à la jurisprudence étrangère et qu'un pourvoi fut cependant formé, la cour de cassation pourrait voir là un grave motif de rejeter le pourvoi, mais après l'avoir examiné. Colin, Clunet 1890, p. 799.

M. Appert, dans deux notes du Sirey : S., 1897, 1, 33 et 1900, 1, 281, approuve sans restrictions les décisions de la cour de cassation intervenues sur des questions de saine interprétation de législations indigènes de nos colonies. Il reprend sous une autre forme le vieil argument que l'on fit valoir en 1813, sans d'ailleurs convaincre la cour de son incompétence. L'absurdité des conséquences, disait-on, doit avertir de l'absurdité du principe. Si la fausse entente des lois étrangères peut dégénérer en une contravention aux lois françaises et offrir un moyen de cassation, dès lors il y a obligation pour les juges français d'étudier ces lois étrangères et d'en acquérir la science, comme s'ils avaient trop de temps pour étudier et approfondir les lois de l'ancienne et de la nouvelle France avec tous les traités de notre diplomatie ! Et puisque c'est une

chose impossible, il arriverait nécessairement que les moyens de cassation seraient appréciés d'après les *parères*. Ainsi tels ou tels magistrats de l'étranger, par voie de correspondance ou autrement, déclareraient quel est le sens de telle loi de leur pays et la cour de cassation ferait la règle de ces oracles de *parères* (trop sujets à l'erreur). Non, non ; entendre ainsi la mission de la cour régulatrice ce serait rendre sa marche irrégulière, compromettre son noble caractère. Allons plus loin : supposons qu'au lieu de l'état d'un moine italien, il s'agisse de l'état d'un Bonze de Chine ou d'un Talapoin du Pégu, la supposition n'a rien d'étrange, puisqu'on a déjà supposé que toujours la capacité se règle par la loi du domicile, combien serait ridicule le spectacle d'une controverse scientifique sur des lois ignorées ou impossibles à bien connaître ! Disons donc que le principe qui admet comme moyen de cassation la fausse entente des lois étrangères est un principe faux en théorie, absurde dans ses conséquences, impossible d'ailleurs à appliquer. Cass , 1^{er} février 1813, S., 1813, 1, 113.

Remarquons que dans cette argumentation où la verve ne manque pas, l'avocat de la cour estimait que la capacité était régie par la loi du domicile, ce qui en effet aurait pu amener nos tribunaux à appliquer assez souvent le droit chinois, car les européens domiciliés en Chine sont plus nombreux que les chinois habitant la France. Notre conception du droit international privé nous fait considérer que la capacité de l'étranger se règle

non pas par la loi de son domicile, élément peu stable et purement objectif, mais par sa loi nationale, ce qui restreint beaucoup les cas où nos tribunaux devraient suivre le droit chinois. D'ailleurs, cette question du nombre des affaires soumises à nos tribunaux n'a pas à être prise en considération. Si la loi chinoise reçoit peu d'application dans nos tribunaux, les lois anglaises, italiennes, belges, allemandes sont au contraire couramment soumises à la justice française. Les lois des nations qui appartiennent à la communauté de droit, ont bien tout de même à nos yeux une supériorité sur les lois des nations non civilisées. En cette matière, nous ne ferons pas intervenir l'argument de réciprocité, puisque nos lois à l'étranger reçoivent des juridictions inférieures une interprétation souveraine que les cours suprêmes refusent en principe de contrôler. Ce n'est pas non plus dans l'idée d'obtenir que la jurisprudence étrangère se modifie, que nous souhaiterions voir notre cour de cassation changer sa doctrine. Il nous paraît que l'intérêt même des français et l'unité de la loi française en France seraient mieux sauvegardés si l'interprétation du droit étranger n'était pas abandonnée à la diligence de nos tribunaux et cours d'appel.

M. Appert estime que la cour de cassation a été instituée pour maintenir autant qu'il se peut l'unité d'interprétation dans les lois françaises au sens étroit du mot, c'est-à-dire des lois faites en France. A l'égard de celles là seulement elle possède, dit-il, les éléments nécessaires pour en bien pénétrer le sens. Les législations indigènes

de nos colonies lui échappent de toutes façons; elle ignore presque absolument et les traditions des populations qu'elles régissent et leurs besoins et la langue dans laquelle sont rédigés ces textes quand il y a des textes écrits, et les us et coutumes qui, le plus souvent, les remplacent. La cour ferait mauvaise figure si elle prétendait réformer l'interprétation fournie par des magistrats placés sur les lieux et familiarisés plus ou moins avec les nécessités de la vie locale, comme avec les coutumes et la langue des indigènes. A ses yeux, là est la considération déterminante dans cette question, considération tellement imposée par le bon sens que, selon lui, la cour de cassation se résoudra difficilement à passer outre. Il fait remarquer que chacune de nos colonies renferme une seule cour d'appel, d'où résulte que l'unité d'interprétation des lois indigènes, si elle n'est donnée, comme dans la métropole, par la cour de cassation, n'en est pas moins parfaitement établie par un autre moyen. Chaque cour d'appel statuant en matière indigène possède le pouvoir de ramener indirectement les tribus indigènes à cette unité désirable. Note S., 1900, 1, 281.

Cette façon de raisonner n'est exacte qu'en partie seulement, car il se peut que la loi indigène que des textes français ordonnent de respecter doive être appliquée en France; et, dans ce cas, il est bien certain que les excellentes raisons que pourrait avoir la cour de cassation de respecter l'arrêt d'une cour d'appel, placée au centre de populations indigènes et familière avec les pratiques judiciaires

de ces populations, n'existent plus. La loi indigène n'aura donc pas l'interprétation uniforme que l'on reconnaît si désirable, à moins que l'on ne pense comme nous que la cour suprême est compétente pour contrôler sa saine application.

Les arrêts anciens de notre cour régulatrice avaient adopté, au cas où la loi étrangère devrait être appliquée en France, une formule ambiguë : cette formule contenait cependant une idée très exacte. Lorsque le droit étranger est applicable en France en vertu d'une référence ou d'une sorte de renvoi de la loi française, le texte étranger est en quelque manière naturalisé français par la loi ; sa fausse interprétation devient une contravention à la loi française. Nous espérons avoir montré qu'en toute hypothèse, lorsque la loi étrangère est soumise à nos tribunaux, c'est en vertu d'un ordre exprès ou tacite, mais certain de la loi française : toute fausse interprétation de la loi étrangère est ou peut devenir source de contravention à la loi française. Si donc la cour de cassation avait effectivement sanctionné ses déclarations et si elle n'avait pas abandonné sa première jurisprudence, il nous serait encore resté le regret de la voir ne pas consentir à s'occuper de la violation de la loi étrangère, au cas où cette loi est appliquée en France par interprétation de l'esprit de nos lois. De la jurisprudence actuelle on est fondé à conclure qu'il résulte cette conséquence déplorable que les lois étrangères n'ont pas de force obligatoire en France, alors même que le législateur français déclare que le

juge doit les appliquer. Car qu'est-ce qu'une loi que le juge peut impunément violer ? Laurent, II, p. 501.

Les inconvénients de la doctrine de notre cour suprême sont très préjudiciables aux intérêts privés, il n'est pas besoin d'insister davantage sur ce point. Les auteurs, même ceux qui jugent la jurisprudence actuelle légale et fondée, reconnaissent que les justiciables soumis au droit étranger sont privés des garanties de bonne interprétation qu'il serait équitable de leur reconnaître.

Divers systèmes ont été proposés pour amener notre cour de cassation à contrôler l'interprétation du droit étranger à l'égal de celle du droit français : nous devons reconnaître qu'aucun ne nous paraît satisfaisant. Nous pensons en effet que les textes actuels suffisent, et que notre législation positive permet à la cour de cassation de vérifier, comme elle l'a d'ailleurs fait quelquefois, le sens et la portée donnés à la loi étrangère.

« Le juge est tenu d'appliquer ces lois étrangères sans que leur violation puisse être réprimée par la cour suprême ; c'est là une anomalie, il serait désirable qu'elle prit fin, mais elle paraît s'imposer en l'état actuel de la loi française » (Audinet). De même disent MM. de Loy-nes, D., 1898, 1, 378 ; Crépon, II, n° 1929 ; Chénon, *Origines de la cassation*, p. 156 ; Asser et Rivier, p. 37. Ces auteurs pensent donc que cette jurisprudence est funeste, mais légale, et ils souhaitent un changement de la législation sur la matière. En l'état actuel de la loi, comment

cependant refuser de reconnaître que, lorsqu'il y a un renvoi explicite de la loi française à la loi étrangère, celle-ci devient par là même française, et surtout comment justifier les cas où la cour de cassation s'est occupée de savoir si les tribunaux et les cours d'appel ne s'étaient pas trompés dans leur interprétation de la loi étrangère ?

On a proposé aussi d'assimiler la loi étrangère à un usage, car la cour de cassation reconnaît qu'il lui appartient de contrôler l'existence et la portée des usages, dont la loi consacre l'autorité, lorsque les juges du fait se sont fondés sur ces usages pour écarter l'application à la cause des dispositions du code civil. En droit français, l'usage a force de loi : le code civil contient une longue liste d'articles sur la matière des usages relatifs à la propriété foncière rurale et urbaine et aux servitudes légales. Les articles 1159 et 1160 du même code recommandent d'interpréter les conventions des parties lorsqu'elles sont ambiguës, selon ce qui est d'usage dans le pays où le contrat est passé. En droit commercial, on a même constaté par la loi du 13 juin 1886 l'existence des usages généraux, mais sans en faire des dispositions de droit écrit ; ce sont simplement des documents permettant de suppléer le silence des parties dans le contrat de vente. Nous ne pouvons pas admettre cette assimilation ; la loi étrangère n'est pas un usage, le plus souvent elle est écrite, son texte est mis sous les yeux des magistrats, il n'y a pas de différence entre elle et la loi française quant à la façon dont le juge est mis à même de l'interpréter. La

jurisprudence de la cour de cassation sur les usages est en outre par trop indécise, et bien souvent notre cour suprême déclare que l'existence et la portée d'un usage sont questions de fait sur lesquelles les juges des juridictions inférieures ont un pouvoir souverain d'appréciation. D'ailleurs, sur ce point, la cour de cassation objecterait fatalement que sa mission est de veiller sur l'interprétation des usages français, mais qu'elle n'a pas à s'occuper de ce qui est en dehors de la loi nationale, fait ou droit (Asser et Rivier, p. 37).

M. Féraud-Giraud (*Revue de droit international et de Législation comparée* 1892, p. 259) constate qu'une logique rigoureuse conduit à dire que, lorsque les tribunaux auront eu à appliquer la loi étrangère, les pourvois contre les violations de cette loi devraient être portées devant les cours de cassation qui devraient casser toutes les décisions qu'elles reconnaîtraient avoir été rendues en violation de cette loi. Toutefois, bien que M. Féraud-Giraud constate qu'il n'y a pas à apporter de changements à la législation, cet auteur n'ose considérer la violation d'une loi étrangère à l'occasion d'un pourvoi comme le serait la violation de la loi nationale. Il propose que les tribunaux de France, lorsqu'ils appliquent une loi étrangère, l'appliquent comme loi propre et spéciale des parties, loi que les parties se sont faites dans leurs conventions ou qu'elles ont acceptée implicitement pour le règlement de leurs droits. L'article 1134 serait invoqué, sous le prétexte que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux

qui les ont faites, comme le fondement et la base de l'application du droit étranger en France. Comment parler de convention tacite entre particuliers pour déterminer leur statut personnel, leur état et leur capacité? Ce sont là situations juridiques qui s'imposent aux individus, mais sur lesquelles leur volonté n'a pas d'empire. La jurisprudence de la cour de cassation sur l'interprétation de l'article 1134 est vivement combattue, parce que les juges du fond peuvent avoir mal interprété, violé les conventions, lois des parties, la cour de cassation intervient et casse les jugements et arrêts. Mais, est-ce qu'en voulant vérifier si la convention n'a pas été dénaturée, la cour de cassation ne s'occupe pas de l'interprétation des faits, est-ce qu'elle ne prend pas le rôle de troisième degré de juridiction, ce qui lui est interdit? L'analogie que l'on prétend établir entre le cas où la loi renvoie aux conventions des parties (art. 1134) et proclame ainsi leur autonomie, et celui où elle renvoie à une disposition légale étrangère (art. 17, 19, 47, 178, 999 du code civil) est trompeuse. Elle n'existerait tout au plus que s'il s'agissait de droit supplétif, c'est-à-dire de dispositions dont le seul objet serait de suppléer au silence des parties sur les effets de leurs conventions. On pourrait soutenir avec quelque raison, dans ce cas, que le juge qui interprète une loi étrangère ne fait pas autre chose qu'interpréter une clause tacitement comprise dans leurs conventions, comme il interpréterait une clause expresse. Mais il n'en est plus ainsi lorsqu'il s'agit soit d'une loi régissant impérativement la convention, soit d'une loi

relative à la forme ou au statut personnel, aux rapports de famille, etc. Dans ce cas, il est bien vrai de dire que le législateur s'approprie pour ainsi dire la loi étrangère en ordonnant implicitement ou explicitement de l'appliquer et que toute erreur dans le sens de cette loi entraîne une violation de la loi nationale. Ce n'est plus dans la soumission volontaire et libre des parties que la loi étrangère puise sa force ; elle ne s'impose pas aux parties par un effet de leurs conventions tacites, elle puise sa force en elle-même et cette force impérative est reconnue par la *lex fori*. Alb. Rolin, I, p. 776.

Laurent considère que le droit international privé restera un droit théorique, que les conclusions les plus justes de cette science seront vaines tant que les législations positives ou des traités ne les auront pas reproduites et sanctionnées. C'est, en effet, le reproche que l'on fait toujours aux jurisconsultes qui s'occupent de ces questions ; mais le reproche justifie ceux qui traitent ce sujet puisque c'est reconnaître l'existence d'une science supérieure aux droits locaux et dont la connaissance et l'application amèneraient dans la société humaine plus de justice et d'harmonie.

Les traités sont encore bien rares en droit international privé ; ils ont toujours pour objet des points de droit très spéciaux ; et nous ne croyons pas qu'il y ait nécessité, au moins pour la France, de rien changer sur notre question à la législation actuelle. Le droit positif néanmoins a consacré, nous semble-t-il, les vrais principes en 1889, à Montevideo.

Le congrès de droit international privé sud-américain qui s'est réuni à Montevideo, en 1888-1889, sur la convocation des gouvernements de la République Argentine et de l'Uruguay comprenait sept États de l'Amérique du sud. Le congrès, sans préjudice pour la souveraineté des États, a assuré l'établissement de règles destinées à asseoir les relations juridiques entre les peuples sud-américains. Vu les circonstances favorables, la communauté d'origine de civilisation et de progrès de ces pays, l'accord s'est fait assez rapidement et un code international a été élaboré par les plénipotentiaires. Sept traités, une convention et un protocole additionnel sont sortis de ces travaux. Pour nous, le Protocole Additionnel présente une importance et un intérêt particulier. Ce protocole porte que les lois des États contractants seront appliquées aux personnes intéressées, sans qu'il y ait à distinguer si elles sont nationales ou étrangères; que leur application sera faite d'office par le juge du procès; *que tous les recours accordés par la loi de procédure du lieu du jugement pour les cas résolus selon la législation propre de ce lieu, seront également admis pour les cas qui doivent être décidés d'après les lois de n'importe lequel des autres États*; que les lois des autres États ne seront jamais appliquées lorsqu'elles seront en opposition avec les institutions politiques, les lois d'ordre public ou avec les bonnes mœurs du lieu du procès; que les gouvernements des États contractants ou qui donneront dans la suite leur adhésion, s'obligent à se transmettre réciproquement deux exemplaires authenti-

ques des lois en vigueur et de celles qui seraient promulguées postérieurement dans leurs pays respectifs.

Ce protocole nous paraît excellent en tous points. Il résume les théories que nous avons défendues ou exposées dans ce travail et nous souhaitons que l'Europe suive bientôt l'exemple qui lui a été donné; que l'accord des nations fasse faire au droit international ce progrès collectif, puisque chaque nation prise isolément semble se refuser à adopter les solutions que les Républiques sud-américaines admettent depuis plus de vingt ans.

CONCLUSION

Notre étude nous a montré que la cour de cassation refusait énergiquement de s'occuper de la saine interprétation de la loi étrangère. La cour ne paraît pas voir que le contrôle qu'elle exerce sur l'application du droit français en France emporte nécessairement avec lui le contrôle de l'application du droit étranger.

La jurisprudence sanctionne la non-application du droit étranger compétent ; elle reconnaît que le rôle de la cour régulatrice est de déterminer, d'abord, l'empire des lois dont elle doit surveiller l'exacte interprétation. La cassation est prononcée contre les décisions des juridictions inférieures qui ont appliqué mal à propos le droit français et rejeté la loi étrangère ou, inversement, qui ont appliqué la loi étrangère et rejeté le droit français. Sur ce point, l'attitude de notre cour suprême n'a rien que de très légitime. Peut-être, pourrait-on seulement regretter que la doctrine de droit international que sanctionnent nos arrêts soit encore hésitante, insuffisante à satisfaire le théoricien et à assurer la fixité indispensable aux rapports internationaux.

Par contre, alors que l'unité d'interprétation et la saine

interprétation du droit français sont l'objet de la vigilance et des soins de la cour régulatrice, cette cour ne veut pas s'occuper de ces mêmes questions, lorsqu'elles lui sont soumises à propos de la loi étrangère. Il n'y a pas lieu évidemment de s'arrêter à l'argumentation qui distingue la non-application et la violation de la loi étrangère; nous avons montré qu'en fait ces deux erreurs ont une égale importance, et qu'il ne suffit pas de vouloir appliquer une loi pour être réputé l'avoir appliquée.

Comme les auteurs l'ont remarqué, le raisonnement derrière lequel se retranche la cour de cassation est tout de façade : les prétendus arguments de la jurisprudence ne sont que des affirmations très contestables sinon inexactes. Il n'est pas possible de dire que l'interprétation d'une loi, parce que cette loi est étrangère, devient une question de fait; en effet cette loi étrangère ne s'applique en France qu'en vertu de la loi française. La cour de cassation si elle vérifiait l'interprétation donnée à la loi étrangère ne sortirait pas du cercle de ses attributions; au contraire, elle les remplirait ainsi plus parfaitement, puisque son contrôle assurerait plus d'unité et d'uniformité dans l'application du droit français.

La cour a fait elle-même justice de la distinction qu'elle avait cru devoir établir entre les cas où l'application du droit étranger est ordonnée expressément, et ceux où il n'y a pas un pareil ordre dans les lois françaises. La jurisprudence est maintenant une sur ce point; nous ne reviendrons pas là-dessus, mais si l'unité devait se faire,

comme nous le croyons, il nous semble qu'elle eût dû se réaliser en un tout autre sens, car ainsi que dit M. Albéric Rolin (p. 782), dès que l'on admet que la cour suprême peut casser dans certains cas pour *violation de la loi étrangère*, dès qu'on reconnaît qu'elle peut le faire lorsque l'application de cette loi est prescrite par un *texte formel*, on est pris, étreint dans l'engrenage. Il est impossible de s'arrêter, et il faut aller jusqu'au bout, jusqu'à reconnaître qu'elle le peut également lorsque l'application de cette loi est commandée d'une *manière implicite* par le législateur national. Il est admis, en effet, que la cour suprême peut annuler une décision, parce qu'on s'est abstenu d'appliquer la loi étrangère dans ce dernier cas comme dans le premier. Et si l'on est d'accord qu'elle le peut dans le premier pour fausse application aussi bien que pour absence d'application, il faut concéder qu'il en est de même dans le second.

Nous croyons qu'il en sera ainsi même en matière de contrats, même dans les cas où l'application de la loi étrangère ne s'imposerait que comme droit supplétif, à moins que le juge du fait interprétant souverainement la volonté des parties, d'après les circonstances du fait, n'ait décidé qu'il n'y a pas lieu de recourir à la loi étrangère. Mais, s'il décide qu'il y a lieu d'y recourir, la décision du juge du fond pourrait être cassée pour erreur sur le sens et la portée de cette loi, parce qu'il est permis de s'y soumettre, parce que la loi étrangère devient alors la loi régulatrice du contrat, parce que le législateur natio-

nal se l'approprie pour ainsi dire. La seule objection que l'on pourrait faire, c'est que la loi étrangère devient alors une des clauses tacites de la convention. Mais la réponse nous paraît être que l'on pourrait dire la même chose des lois supplétives nationales, que les dispositions législatives étrangères n'en gardent pas moins une force impérative générale, étant édictées non pour tel contrat *in specie*, et pour telles personnes déterminées, mais pour toutes celles qui contractent dans des conditions données. Ce sont toujours des lois; qu'importe que la soumission à ces lois dépende des conditions dans lesquelles la convention s'est formée et qui sont indicatives de la volonté des parties? Quoi qu'il en soit, le courant des idées nous paraît conduire à une conception plus large et plus élevée des devoirs et de la mission de la cour de cassation en cette matière; et les auteurs qui n'acceptent pas le système auquel nous nous sommes rallié au point de vue du droit positif, le considèrent comme préférable au point de vue de la théorie.

L'évolution qu'a suivie la jurisprudence nous montre bien, les textes étant restés les mêmes, qu'en cette matière, la théorie que nous proposons peut devenir la pratique de demain, sans modification législative. Il suffirait pour cela que la cour de cassation refit, comme elle l'a fait, en d'autres hypothèses, l'évolution que nous avons étudiée; qu'après avoir sanctionné l'erreur d'interprétation de la loi étrangère, lorsqu'il y a un texte français prescrivant de suivre cette loi, elle étende logiquement cette solution

au cas où l'application du droit étranger n'est qu'implicitement ordonnée par nos lois. Ainsi elle réaliserait le vœu unanime de la doctrine, et par une théorie juridique assurerait au droit étranger, en France, l'interprétation une et éclairée que réclame impérieusement le besoin de fixité et de sécurité dans les relations internationales.

Paris, le 20 avril 1910.

Vu :

Le Doyen,

CAUWÈS.

Vu :

Le Président,

PILLET.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

Pr le Vice-Recteur, l'Inspecteur d'Académie,

COMBARIEU.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION.	1
PREMIÈRE PARTIE. — <i>Etude de la jurisprudence</i>	7
TITRE PREMIER. — De la non-application de la loi étrangère.	8
Chapitre premier. — L'application de la loi étrangère est ordonnée formellement par un texte français	10
Chapitre II. — L'application de la loi étrangère n'est pas ordonnée formellement par un texte français.	26
TITRE II. — De la violation de la loi étrangère	47
Chapitre premier. — L'application de la loi étrangère violée est ordonnée formellement par un texte français.	52
Chapitre II. — L'application de la loi étrangère violée n'est pas ordonnée formellement par un texte français . . .	66
Chapitre III. — Jurisprudence étrangère sur l'application des lois d'un autre pays.	79
DEUXIÈME PARTIE. — <i>Critique de la jurisprudence et de la doctrine</i>	85
Chapitre premier. — La violation de la loi étrangère est une non-application de cette loi	88
Chapitre II. — La loi étrangère doit être appliquée en France	93
Chapitre III. — De l'autorité de la loi étrangère en France.	105
Chapitre IV. — Rôle de la cour de cassation	124
CONCLUSION	146

La Rochelle, Imprimerie Nouvelle Noël Texier.

LA ROCHELLE, IMPRIMERIE NOUVELLE NOEL TEXIER.
